



Roj: STS 4491/2013
Id Cendoj: 28079139912013100008
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 356/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo

Contencioso-Administrativo

PLENO

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 19/07/2013

REC.ORDINARIO(c/d)

Recurso Núm.: **356/2011**

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Votación: 09/07/2013

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Ponente: Excm. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech

Secretaría de Sala : 101

Escrito por: BPM

Nota:

-PLENO- Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial. Anulación artículos 24.4 , 37.2 , 41 , 42 , 210.5 y 326.1 apartados h) e i).

-Foro Judicial Independiente-

Num.: **356/2011**

Votación: 09/07/2013

Ponente Excm. Sra. D^a.: María Isabel Perelló Doménech

Secretaría Sr./Sra.: 101

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

PLENO

SENTENCIA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez



Magistrados:

- D. Mariano de Oro Pulido y López
- D. Ricardo Enríquez Sancho
- D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez
- D. Pedro José Yagüe Gil
- D. Rafael Fernández Montalvo
- D. Manuel Vicente Garzón Herrero
- D. Segundo Menéndez Pérez
- D. Manuel Campos Sánchez Bordona
- D. Nicolás Maurandi Guillén
- D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
- D. Eduardo Espín Templado
- D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat
- D. Rafael Fernández Valverde
- D^a. Celsa Pico Lorenzo
- D. Octavio Juan Herrero Pina
- D. Emilio Frías Ponce
- D. José Díaz Delgado
- D. Eduardo Calvo Rojas
- D. Luis María Díez Picazo Giménez
- D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco
- D^a. María del Pilar Teso Gamella
- D. Juan Carlos Trillo Alonso
- D. José Antonio Montero Fernández
- D^a. María Isabel Perelló Doménech
- D. Carlos Lesmes Serrano
- D. José María del Riego Valledor
- D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
- D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo
- D. Diego Córdoba Castroverde
- D. José Juan Suay Rincón
- D. Óscar González González
- D. Ramón Trillo Torres
- D. Vicente Conde Martín de Hijas
- D. Manuel Martín Timón
- D. Jesús Ernesto Peces Morate
- D. Juan Gonzalo Martínez Micó

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil trece.

Vistos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Pleno, constituida por los Sres. indicados al margen, el recurso contencioso administrativo número 356/11, interpuesto por la Procuradora D^a M^a del

Carmen Palomares Quesada y defendido por el Letrado del ICAM D. Jorge González Sánchez, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN "FORO JUDICIAL INDEPENDIENTE", contra el Acuerdo de 28 de abril de 2011 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, publicado en el BOE nº 110, de 9 de Mayo de 2011, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, y contra dicho Reglamento.

Han comparecido como demandadas el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado; el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y asistido por el Letrado de sus servicios jurídicos; la ASOCIACIÓN "JUECES SUSTITUTOS Y MAGISTRADOS SUPLENTE" representada por el Procurador D.Argimiro Vázquez Guillen; la Letrada de los Servicios Jurídicos del GOBIERNO DE CANTABRIA en la representación que ostenta; D. Ramón Y OTROS, representados por el Procurador D. Alejandro González Salinas; y, el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Palomares Quesada, en nombre y representación de la Asociación "Foro Judicial Independiente", se presentó en fecha 7 de julio de 2011 recurso contencioso administrativo, al que se dio el núm. 356/11, contra el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, aprobado por acuerdo de 28 de abril de 2011 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, el cual fue sometido al conocimiento del Pleno de la Sala 3ª por acuerdo del Excmo. Sr. Presidente de fecha 11 de Julio de 2011.

Por providencia de la misma fecha se admitió a trámite el recurso, designándose Magistrada Ponente a la Excmo. Sra. Dª María Isabel Perelló Doménech y requiriéndose a la Administración demandada el envío del expediente administrativo; recibido el mismo, y dado traslado para demanda, la formuló la Procuradora Sra. Palomares Quesada en escrito presentado en fecha 7 de septiembre de 2011; en ella, tras exponer los hechos y los fundamentos jurídicos que creyó convenientes, terminó solicitando lo siguiente:

"SUPLICO A LA SALA: Que conforme a lo expuesto, acceda a la suspensión de la ejecución de los actos de convocatoria ya identificados, objeto de la presente impugnación."

SEGUNDO.- Mediante escrito de 7 de septiembre de 2011, la Asociación demandante, solicitó la ampliación del recurso a los siguientes acuerdos dictados en ejecución del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial: Acuerdo de 30 de junio de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca proceso selectivo para el reconocimiento de la condición de especialistas en el orden jurisdiccional penal, y Acuerdo de 30 de junio de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca proceso selectivo para el reconocimiento de la condición de especialista en el orden jurisdiccional civil. (Ambos publicados en el BOE del día 1 de Septiembre de 2011). Así mismo la actora pretende que la Sala declare la suspensión de los Actos del Consejo frente a los que se solicitaba la ampliación.

Tanto el Abogado del Estado, como el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Ministerio Fiscal, se oponen a la ampliación solicitada por la actora.

Mediante Auto de 31 de octubre de 2011, dictado por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se acordó la desestimación de la ampliación del presente recurso contencioso-administrativo a los Acuerdos del Pleno del CGPJ de 30 de junio de 2011. Teniendo por interpuesto recurso contencioso-administrativo contra los referidos acuerdos, que se tramitará de forma independiente del presente recurso, remitiéndose para ello a la Sección Séptima de esta Sala.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo, la representación procesal de la Asociación "Foro Judicial Independiente" formalizó su escrito de demanda el 21 de diciembre de 2011, en orden a los siguientes motivos:

- Impugnación de los artículos 24 a 43, ambos inclusive, del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, en cuanto crean la condición de especialistas en los órdenes civil y penal para Magistrados.

- Respecto al Régimen de licencias y permisos:

A . Impugnación de los apartados 5 y 6 del art.120

B. Impugnación del art. 211.

- Impugnación de los artículos 326 y 327 del Reglamento 1/2011 de la Carrera Judicial .

Terminando por suplicar " se dicte sentencia por la que, con estimación del recuso, se declare no conforme a derecho y se anulen los artículos y apartados del Reglamento 1/2011 de la Carrera Judicial Siguiente:

Artículos 24 a 43, ambos inclusive, en cuanto se refieren a la condición de especialistas en los órdenes civil y penal.

Artículo 210.5 : "Los titulares de los órganos unipersonales disfrutarán del permiso de vacaciones (...) finalizado el año natural, podrá disfrutarlo en la anualidad siguiente" .

Artículo 210.6 : "Los días de vacaciones (...) no impida su disfrute en el período solicitado".

Artículo 211, en su totalidad.

Artículo 326.1 apartado h) , segundo inciso : "La administración del patrimonio personal o familiar (...) estará sujeta a la previa concesión de compatibilidad".

Artículo 326.1.apartado i), segundo inciso, "El desempeño de cargos directivos (...) exigirá la previa obtención de compatibilidad".

Artículo 327.2 , en su totalidad. "

Mediante otrosí digo: primero, que la cuantía del presente procedimiento se fija en indeterminada; y en el segundo, solicita el trámite de conclusiones.

CUARTO.- El Sr. Abogado del Estado presentó su escrito de contestación en fecha 13 de enero de 2012, y tras exponer en él los antecedentes y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitó se dicte sentencia por la que se declare la inadmisibilidad del recurso o en su defecto, sentencia por la que se lo desestime.

El Ministerio Fiscal en su escrito de 6 de febrero de 2012, de contestación a la demanda, y tras las consideraciones que creyó oportunas, termina suplicando dicte sentencia por la que el recurso sea estimado parcialmente, en lo que se refiere al inciso "o asociaciones de cualquier naturaleza" recogido en el artículo 326.1.i), ambos del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial , procediendo la desestimación del mismo en todo lo demás.

Por su parte los Letrados del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, tras evacuar el trámite de contestación a la demanda no se pronuncian sobre el recurso planteado.

QUINTO.- No habiéndose solicitado prueba, mediante diligencia de ordenación de 16 de mayo de 2012, se concedió a la recurrente el trámite de conclusiones, que la misma evacuó mediante escrito de 1 de junio de 2012.

Por diligencia de ordenación de 4 de junio de 2012, se otorgó el plazo de diez días para presentar escrito de conclusiones a las partes recurridas, siendo evacuado el mismo por el Ministerio Fiscal, el Sr. Abogado del Estado y el Letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social, teniendo por caducado dicho trámite para la Asociación de Jueces Sustitutos y Magistrados Suplentes, y el Gobierno de Cantabria.

SEXTO.- Habiéndose publicado en el BOE de 28 de diciembre de 2012, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, mediante Providencia de 10 de enero de 2013, se acordó oír por cinco días a las partes para alegar sobre como afecta la citada norma al presente recurso, siendo evacuado el trámite por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Foro Judicial Independiente, y el Letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

SEPTIMO.- Concluidas las actuaciones y pendientes de señalamiento para votación y fallo, se señaló para el día 29 de Enero de 2013. Dictándose Auto del Pleno de fecha 4 de febrero de 2013 por el que, siendo preceptiva la publicación del anuncio de interposición del recurso en los términos del artículo 47.2 LJCA , se procedió a subsanar dicha omisión mediante la publicación del anuncio en el BOE, concediendo quince días para la personación de quienes tuvieran interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la interposición impugnada, ordenándose así mismo la publicación en la página web de la Administración demandada.

OCTAVO .- Mediante Providencia de 3 de Abril de 2013, se tuvo por personado y parte en el procedimiento a Ramón y otros, y sin retrotraer las actuaciones se le dio plazo de veinte días para contestar la demanda, trámite que fue evacuado por escrito de 6 de mayo de 2013, suplicando la desestimación del recurso en cuanto a los artículos 24 a 43, ambos inclusive, del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial .

NOVENO. - Quedando las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno corresponda, de señaló para votación y fallo el día 9 de Julio de 2013, fecha en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **María Isabel Perelló Doménech** , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Foro Judicial Independiente impugna en el presente recurso contencioso administrativo el Acuerdo de fecha 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial.

El Foro indica en el hecho segundo de su escrito de demanda que los preceptos impugnados son los artículos 24 a 43, ambos inclusive, así como los artículos 326 y 327 del Reglamento 2/2001 , aunque en desarrollo de la impugnación y en el suplico de la demanda precisa que los preceptos reglamentarios recurridos son los artículos 24 a 42, ambos inclusive "en cuanto se refieren a la condición de especialistas en los ordenes civil y penal", los apartados 5º y 6º del artículo 210, el artículo 211 en su integridad, el segundo inciso de los apartados h) e i) del artículo 326.1 y el artículo 327.2 en su totalidad, postulando su declaración de nulidad de pleno derecho.

SEGUNDO.- Los argumentos expuestos para sostener la nulidad, se estructuran en tres diferentes bloques, que podemos sintetizar en los siguientes términos:

1º) El Reglamento es nulo de pleno derecho porque crea la condición de Magistrados especialistas en los órdenes civil y penal sin contar con la necesaria habilitación legal, lo que representa, en su opinión, una vulneración del principio de reserva de Ley. El Foro Judicial inicia su exposición reconociendo que el Consejo General del Poder Judicial está investido de potestad reglamentaria interna, *ad intra* , que le faculta dictar normas "sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre la función pública", así como sobre "regulaciones de carácter secundario y auxiliar" acerca del estatuto de Jueces y Magistrados. Pero en su criterio, no puede regular materias como la referida a la especialidad en el orden civil y penal que afectan al núcleo del estatuto judicial en contra de la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Reglamento 2/2011, en contra de la regulación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha creado dicha especialidad civil y penal frente a la previsión del artículo 311, que contempla las pruebas selectivas en el orden civil y penal como pruebas de ascenso de la categoría de Juez a Magistrado, con un número tasado de plazas a convocar en función de de las vacantes. De manera que el artículo 24.4 y concordantes del Reglamento recurrido establecen la condición de especialista en el orden civil y penal *ex novo* al margen de toda habilitación legal.

En fin, considera el recurrente que al regular el Reglamento impugnado la especialidad en los ordenes civil y penal, en contra de las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial vulnera frontalmente el principio de reserva de ley, motivo por el que interesa la anulación de los artículos 24 a 43 , en cuanto se refieren a la aludida especialidad civil y penal.

2º) El segundo bloque de impugnación se refiere a los apartados 5º y 6º del artículo 210 del Reglamento mencionado, que regulan el disfrute de las vacaciones y de los días adicionales por antigüedad por parte de los órganos judiciales unipersonales, apartados que se consideran nulos por contradecir lo dispuesto en los artículos 371 y 372 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . De igual modo se recurre el artículo 211 en su integridad, si bien, con manifiesta desviación procesal, a la que luego aludiremos, se argumenta en la demanda sobre el disfrute acumulado de los permisos de tres días a los que se refiere el artículo 213 del Reglamento.

3º) En el tercero de los bloques en los que se estructura la demanda, se recurren ciertos aspectos de la regulación reglamentaria sobre incompatibilidades de Jueces y Magistrados, en particular, las comprendidas en las letras h) e i) del apartado 1º del artículo 326 y en el artículo 327.2, por incurrir el Reglamento impugnado en un exceso respecto a las incompatibilidades recogidas en el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . En opinión del Foro recurrente, el Reglamento de la Carrera Judicial incorpora varios elementos que suponen una ampliación de los supuestos legales contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial que determinan la nulidad de los citados preceptos.

TERCERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se ha analizado conjuntamente por el Pleno de esta Sala Tercera con el recurso contencioso promovido por la Asociación Judicial Francisco de Vitoria, recurso tramitado bajo el número 349/2011, en el que se han impugnado, entre otros, los mismos preceptos que los que ahora conocemos en este recurso.

Las únicas diferencias en cuanto al objeto de la impugnación de uno y otro recurso se refieren, en cuanto al primero de los bloques a los que hemos hecho mención, en que en el interpuesto por la Asociación Francisco de Vitoria se impugna el apartado 4º del artículo 24 y el artículo 37, así como el Capítulo III, relativo al proceso de especialización de Magistrados en los órdenes civil y penal (artículos 42 y 43), mientras que el Foro Judicial solicita en este recurso la nulidad de los artículos 24 a 43, ambos inclusive, si bien, matiza, "en cuanto se refiere a dicha especialidad". Y en lo demás, la divergencia estriba en el más extenso planteamiento de la impugnación del apartado 5º del artículo 210, que regula las vacaciones de los órganos judiciales unipersonales, en la inclusión del ordinal 6º de este artículo 210 y finalmente, en la impugnación del artículo 211 en su integridad, si bien, en relación a este último precepto, concurre la objeción procesal que luego se dirá.

La similitud del planteamiento y del objeto de la impugnación -salvo en los últimos preceptos indicados, esto es, los apartados 5º y 6º del artículo 210 y el artículo 211 del Reglamento-, determinan que nos remitamos en lo que se refiere a la totalidad de los bloques primero y tercero, esto es, en lo que atañe a la especialidad civil y penal y al régimen de incompatibilidades de Jueces y Magistrados, a lo razonado en nuestra Sentencia de 19 de julio de 2013, que resuelve el recurso promovido por la mencionada Asociación Francisco de Vitoria, tramitado bajo el número 349/2011. En los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de dicho pronunciamiento abordamos la cuestión de la especialidad en el orden civil y penal y apreciamos la extralimitación reglamentaria en la regulación de las mencionadas pruebas de especialización, y ello en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

<<La Asociación judicial recurrente impugna el artículo 24.4 del Reglamento, que posibilita que miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado y dos años de servicios efectivos, puedan concurrir a pruebas que convoque el Consejo General del Poder Judicial para el reconocimiento de la condición de especialistas en los órdenes civil y penal:

Dice así el artículo 24.4 del Reglamento:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, los miembros de la Carrera Judicial que ostenten la categoría de magistrado con, al menos, dos años de servicios efectivos podrán concurrir a la celebración de las pruebas que específicamente convoque el Consejo General del Poder Judicial para el reconocimiento de la condición de especialista en los órdenes civil o penal. Estas pruebas se convocarán cuando lo requieran las necesidades del servicio y se desarrollarán de conformidad con lo previsto el Capítulo III.

Para la parte actora, este precepto no encuentra acomodo en el artículo 311 LOPJ, que establece las pruebas selectivas y de especialización a que pueden presentarse los jueces, pero respecto de los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado, el precepto únicamente contempla que puedan presentarse a las pruebas de especialización en el orden contencioso administrativo y social, sin perjuicio de lo relativo a la especialización en materia mercantil y de menores. Añade que también carece de habilitación en la LOPJ el inciso del artículo 37 del Reglamento, que reconoce la figura de magistrados especialistas del orden jurisdiccional civil y penal.

El Abogado del Estado en su contestación reconoce que el artículo 311.1 LOPJ sólo regula, en los órdenes civil y penal, las pruebas de selección como un medio de provisión, entre jueces, de la tercera de las vacantes que se produzca en la categoría de magistrado, pero estima que una interpretación completa de la normativa orgánica apunta en una dirección distinta, y cita en apoyo de su tesis el artículo 344 LOPJ, que para la cobertura de las plazas de magistrado del Tribunal Supremo, establece que dos corresponderán a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden civil y penal, o que las superen ostentando esa categoría, y el artículo 333 LOPJ, relacionado con la Presidencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que se proveerá entre magistrados con más de 15 años de antigüedad en la carrera, que hayan prestado servicios al menos durante 10 años en el orden jurisdiccional penal, prefiriéndose, entre ellos, a quien ostente la condición de especialista. Considera, en suma, el Abogado del Estado que la reforma de la LOPJ, efectuada por LO 19/2003, de modificación del artículo 344 LOPJ citado, permite colegir que la legislación orgánica prevé la especialización de los magistrados en los órdenes civil y penal, y que el Consejo General del Poder Judicial no ha rebasado los límites de la potestad reglamentaria al establecer un cauce para que tal especialización pueda tener lugar, pues el artículo 110.2, párrafo segundo, permite el desarrollo reglamentario en materia relativa a la especialización en la Carrera Judicial.

La Sala considera que la LOPJ no contempla la especialización de los magistrados en el orden civil y penal, y sus artículos 311 y 312 son categóricos al respecto, al distinguir entre las pruebas selectivas en los órdenes civil y penal, y las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social.

El artículo 311 LOPJ , en su apartado 1, se ocupa del acceso a la categoría de magistrado, que se verifica en las proporciones que indica: de cada cuatro vacantes, dos se proveerán con los jueces que ocupen el primer lugar en el escalafón dentro de la categoría, la tercera vacante, por medio de pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal y de especialización en los órdenes contencioso-administrativo, social y mercantil, y la cuarta vacante, por concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio.

Las pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, junto con las de especialización en los órdenes contencioso- administrativo, social y mercantil se establecen, en el artículo 311.1 LOPJ , como pruebas de promoción o de acceso de los jueces a la categoría de magistrado. Pero además, y esto es lo decisivo, el mismo artículo 311 LOPJ , en su apartado 2, contiene una previsión expresa que permite que los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado participen también en estas pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social, al indicar "*...Podrán presentarse también a las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social, los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado, y como forma de acceso a la Carrera Judicial, los de la Carrera Fiscal*", sin que el precepto contenga ninguna previsión de esta clase en relación con la participación de magistrados en las pruebas selectivas en los órdenes civil y penal.

Por tanto, el artículo 311 LOPJ establece las pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal como unas pruebas de promoción a la categoría de magistrado, a las que únicamente pueden concurrir los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de juez, y no como pruebas de especialización a las que puedan presentarse los miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado.

Reitera la anterior interpretación el artículo 312 LOPJ que, en sus apartados 1 y 2, establece una clara distinción entre las pruebas selectivas para la promoción de la categoría de juez a magistrado en los órdenes jurisdiccionales civil y penal y las pruebas para la promoción de la categoría de juez a la de magistrado especialista de lo contencioso administrativo y de lo social. Dicho precepto reserva la denominación de magistrado especialista para quienes superen las segundas pruebas, para las que exige además, como elemento cualitativo, la apreciación de los conocimientos que sean propios de cada orden jurisdiccional.

El contenido que los artículos 311.1 y 312.1 LOPJ atribuye a las pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, es la promoción a la categoría de magistrado del juez que las supere, mientras que en el caso de las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social, su contenido se integra no solamente por ese acceso a la categoría de magistrado, igualmente previsto en el artículo 311.1, en el caso de que quien concurra y supere las pruebas de especialización tenga la categoría de juez, sino también, para los jueces y magistrados que superen dichas pruebas, la LOPJ establece un sistema de preferencias y de reserva de plazas y destinos de la Carrera Judicial en los respectivos órdenes jurisdiccionales, entre ellas, la preferencia para la provisión de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y de lo Social (artículo 329.2 LOPJ) y de los Juzgados de lo Mercantil (artículo 329.4 LOPJ), y la reserva de una de las plazas de las Salas o Secciones de lo Contencioso Administrativo y de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia a los magistrados especialistas en los órdenes respectivos, o de dos o más plazas si la Sala o Sección se compusiera de cinco o más magistrados (artículos 330. 2 y 3 LOPJ), sin que la LOPJ establezca un sistema equivalente de preferencias de plazas y destinos en relación con las pruebas selectivas en el orden civil y penal.

Es cierto que, como expone el Abogado del Estado, puede encontrarse alguna cita en el texto de la LOPJ a una especialización en el orden penal, pero se trata de referencias marginales, dispersas y fragmentarias, sin que exista una regulación suficientemente detallada, que permita afirmar que la Ley Orgánica contemple o prevea la participación de magistrados en pruebas de especialización en materia civil y penal, lo que se hace más evidente si se pone en relación esa ausencia de regulación con la claridad y precisión empleadas por la LOPJ al establecer la existencia de pruebas de especialización en los órdenes jurisdiccionales contencioso administrativo y social, en el artículo 311, apartados 1 y 2 , que expresamente establecen pruebas de especialización en dichos órdenes y prevén, también de forma inequívoca, la participación en las mismas de los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado.

Así llegamos a la conclusión de que la LOPJ no establece pruebas de especialización en el orden civil y penal para los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado, sino que se trata de una creación ex novo del Reglamento, que efectúa una regulación innovadora en materia del estatuto de jueces y magistrados, que no puede considerarse accesoria, excediendo por tanto de los límites que delimitan su potestad reglamentaria en el artículo 110 LOPJ .

La conclusión alcanzada sobre la extralimitación reglamentaria en la regulación de estas pruebas no obsta para que la superación de las mismas por los magistrados codemandados pueda ser apreciada como un mérito cualificado para su promoción en la Carrera Judicial, que tenga en cuenta la objetividad y rigor de las referidas pruebas.

Por lo anterior estimamos el recurso en el extremo examinado, con anulación del artículo 24.4 del Reglamento 2/2011 .

Seguidamente la Asociación recurrente impugna los Capítulos III, IV y V del Reglamento, relativos a los procesos de especialización de magistrados en los órdenes civil y penal (Capítulo III), pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social y en materia mercantil (Capítulo IV) y pruebas de especialización en materia de menores (Capítulo V), comprendiendo estos Capítulos desde el artículo 41 al 67 del Reglamento, ambos inclusive.

La anulación del artículo 24.4 del Reglamento, de la que se ha tratado en el Fundamento de Derecho precedente, sobre las pruebas de especialización para el reconocimiento a los miembros de la carrera judicial con la categoría de magistrados de la condición de especialista en los órdenes civil y penal, lleva consigo la de los dos preceptos que integran el Capítulo III del Título II, los artículos 41 y 42 del Reglamento, sobre proceso de especialización de magistrados en los órdenes jurisdiccionales civil y penal.

En este caso se impugnan, de forma genérica y sin citarse ningún precepto concreto, además del Capítulo III (artículos 41 y 42), los Capítulos IV y V, que comprenden los artículos 43 a 67 del Reglamento, en base a diversas consideraciones sobre la infracción del principio de igualdad y la interdicción de la arbitrariedad.

Se trata de una impugnación global que se basa en que las pruebas de especialización en los órdenes civil, penal, contencioso administrativo, social, mercantil y menores, establecen diferencias en materia de requisitos, pruebas y consecuencias derivadas de la especialización, que incurren en arbitrariedad y afectan al principio de igualdad, estimando preferible la Asociación recurrente un sistema más uniforme, con requisitos, pruebas y consecuencias comunes para todas las especialidades, sin perjuicio de las particularidades de cada una.

No es posible atender este último alegato sobre la regulación de las pruebas de especialización que la Asociación de jueces y magistrados considera preferible, pues el control jurisdiccional sobre los reglamentos, que efectuamos en este recurso, se extiende al cumplimiento de exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero cumplidos dichos requisitos de fondo y formales, queda a salvo y ha de respetarse el contenido de la norma, que no puede anularse por razón de las opciones o alternativas adoptadas por el titular de la potestad reglamentaria, salvo que supongan una extralimitación o una infracción del ordenamiento jurídico, incluida la prohibición de la arbitrariedad, y sin que sea posible en este enjuiciamiento, como ahora pretende la Asociación recurrente, sustituir el régimen de requisitos, pruebas y consecuencias de la especialización que ha determinado el titular de la potestad reglamentaria por el que la parte recurrente estime preferible o deseable.

En este apartado ha de señalarse que la habilitación reglamentaria para dictar normas sobre el desarrollo de las pruebas selectivas se efectúa por el artículo 110.2, letra e), que permite al CGPJ dictar normas secundarias y accesorias en materia de forma de obtención de títulos de especialización.

El examen de esta alegación exige comprobar si los diferentes requisitos, pruebas y consecuencias de cada uno de los procesos de especialización que cita la parte recurrente tienen o no una justificación razonable y si lesionan el principio de igualdad.

La parte recurrente señala, en primer lugar, que no alcanza a comprender, en materia de requisitos para participar en los procesos selectivos, que las pruebas de la especialidad de menores se limiten a los miembros de la carrera judicial con la categoría de magistrado, a diferencia de otras pruebas de especialización que no exigen tal requisito, encontrándose la respuesta en el principio de subordinación del Reglamento ahora impugnado a las disposiciones de la LOPJ que desarrolla pues, por un lado, el artículo 329.3 LOPJ atribuye preferencia para cubrir los Juzgados de Menores en favor de quienes, ostentando la categoría de magistrado y acreditando la correspondiente especialización en materia de menores en la Escuela Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón y, por otro lado, el artículo 311 LOPJ, antes examinado, no incluye la especialización en menores entre las pruebas que permiten la promoción de la categoría de juez a la de magistrado.

También la Asociación recurrente incluye en su impugnación la regulación de las diferentes pruebas, que considera que en unos casos, como sucede con las pruebas de especialización en materia mercantil

y de menores, se efectúa con todo detalle, mientras que en otros casos, como ocurre con las pruebas de especialización en materia contencioso administrativo y social, estima que apenas se fijan criterios para su desarrollo, lo que genera inseguridad en la carrera profesional.

No aprecia la Sala esa falta de regulación en las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social, que denuncia la demanda, pues los artículos 43 a 49 del Reglamento detallan lo relativo a la presentación de solicitudes, admisión y exclusión de candidatos, designación del tribunal calificador, constitución del tribunal, recusación y abstención de sus miembros, quorum, funcionamiento y sustituciones, el artículo 49 del Reglamento establece que las pruebas consistirán en ejercicios teóricos y prácticos y un curso de formación en la Escuela, remitiéndose en cuanto a la realización de las pruebas, y nombramiento y provisión de destinos, a las normas sobre las pruebas de selección en los órdenes civil y penal, en lo que resulte aplicable, y los artículos 50 a 53 del Reglamento indican las materias sobre las que versarán las pruebas teóricas y prácticas y las actividades que habrán de desarrollar los aspirantes en el correspondiente curso.

Como motivo distinto de impugnación, se refiere la Asociación recurrente a los distintos méritos que se ponderan en las pruebas de especialización, pues en unos casos se valoran los años de servicio efectivo, la formación específica recibida, las actividades de especial relevancia y el conocimiento de asuntos de especial complejidad o trascendencia, como sucede en las pruebas de especialización en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, mientras que en otros casos no se prevé la valoración de los años de servicio, ni la formación y conocimiento de la jurisdicción, como en las pruebas de especialización en lo contencioso administrativo y social, todo lo cual carece de justificación y razonabilidad y genera discriminación entre los magistrados.

Con la salvedad de que la referencia a las pruebas de especialización en los órdenes civil y penal no puede aceptarse como término de comparación, después de la anulación de los preceptos relativos a dichas pruebas, tampoco puede compararse con la parte recurrente que las diferencias que pone de relieve en los méritos que se valoran sean arbitrarias o infrinjan el principio de igualdad, puesto que su justificación se encuentra en el diferente punto de partida de cada prueba, ya que la regla general y la práctica de la Carrera Judicial es que los jueces y magistrados a quienes se dirigen las pruebas de especialización, tendrán una formación inicial y una experiencia mayor en materia civil y penal que en contencioso-administrativo y social, por lo que es lógico que las pruebas selectivas atiendan a esta realidad, mientras que, en el caso de las pruebas de especialización en el orden jurisdiccional contencioso administrativo y social, al partir de la realidad contraria de la falta de formación inicial y experiencia, es razonable que las pruebas pongan mayor énfasis en valorar unos conocimientos específicos que no proporciona la oposición de ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de juez, ni reúnen quienes no han desempeñado funciones en dichos órdenes jurisdiccionales.

Por las razones expresadas, se estima el recurso en relación con los artículos 41 y 42 (Capítulo III del Título II), que se anulan, y se desestima en relación con los artículos 43 a 67 (Capítulos IV y V del Título II).>>

Las anteriores consideraciones jurídicas son plenamente trasladables al presente recurso y determinan, en la línea indicada, la anulación de los artículos 24.4º y del artículo 37 en el inciso "como magistrados especialistas en el orden jurisdiccional que corresponda", así como de los artículos 41 y 42 del Reglamento, que regulan la especialidad en el orden civil y penal.

CUARTO. - En lo que se refiere a la impugnación contenida en el bloque tercero antes reseñado, relativo a la regulación reglamentaria del régimen de incompatibilidades de Jueces y Magistrados, incluida en las letras h) e i) del artículo 326.1 y en el artículo 327.2 del Reglamento de la Carrera Judicial, hemos de remitirnos, por las mismas razones, a la Sentencia de 19 de Julio de 2013, recaída en el recurso 349/2011, en cuyos fundamentos jurídicos vigésimo al vigesimosegundo expresamos las siguientes consideraciones jurídicas:

<< Impugna la parte recurrente el artículo 326.1 del Reglamento, en sus letras h) e i), sobre sujeción de determinadas actividades a la previa concesión de compatibilidad.

Dice el artículo 326.1 del Reglamento, en su letra h), que el cargo de juez o magistrado es incompatible con el ejercicio de la siguiente actividad:

h) Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro. La administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes, estará sujeta a la previa concesión de compatibilidad.

Se impugna en este precepto el inciso " *La administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, bajo forma de sociedad o cualquier*

otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes, estará sujeta a la previa concesión de compatibilidad."

La impugnación se basa en que este precepto amplía la incompatibilidad descrita en el apartado 8 del artículo 389 LOPJ , careciendo el CGPJ de competencia para ello.

Es jurisprudencia reiterada de la Sala en la materia que nos ocupa, que recoge entre otras la sentencia de 31 de marzo de 2011 (recurso 123/2010), que el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial responde a la finalidad sustancial de preservar la independencia de jueces y magistrados, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquella aparece comprometida o empañada.

Esta doctrina jurisprudencial se recogió en el artículo 267 del anterior Reglamento 1/95 , y hoy en el artículo 330.1 del Reglamento vigente, no impugnado en este precepto, que establece que *"se denegará cualquier petición de compatibilidad de una actividad, tanto de carácter público o privado, cuando su ejercicio pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del Juez o Magistrado"*.

El artículo 326.1.h) del Reglamento, en el extremo impugnado, exige la previa concesión de compatibilidad para la administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984 , bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes.

En la regulación de esta materia por la LOPJ, que se contiene en su artículo 389 , no está incluida en la lista de incompatibilidades la administración del patrimonio personal o familiar, ni directamente, ni mediante sociedades u otras personas jurídicas, de forma que la sujeción ahora, en el Reglamento impugnado, de la administración del patrimonio personal bajo forma de sociedad u otro tipo de persona jurídica o comunidad de bienes, a la previa concesión de la compatibilidad, es realmente una innovación reglamentaria del estatuto de jueces y magistrados, que establece un requisito inexistente en la LOPJ.

El Abogado del Estado alega sobre esta cuestión que el Reglamento, en realidad, no declara incompatible la administración del patrimonio personal o familiar mediante sociedades, comunidades de bienes u otras personas jurídicas, sino que únicamente estatuye la obligación de solicitar la compatibilidad para tales menesteres, con una finalidad precautoria, a fin de evitar que el ejercicio de ciertas actividades pueda empañar, comprometer o, al menos, así aparentarlo, la imparcialidad y neutralidad inherente a la función jurisdiccional.

Sin embargo, por muy loable que sea la finalidad perseguida por el Reglamento, lo cierto es que sujeta una actividad a una previa autorización, no prevista en la regulación de la LOPJ. La extralimitación reglamentaria se manifiesta en la misma generalidad de los términos utilizados por el precepto, que incluye entre las actividades que sujeta a la condición de la previa concesión de la compatibilidad, no solo la administración del patrimonio personal o familiar por medio de sociedades, que podría presentar alguna similitud con el supuesto de actividad incompatible del artículo 389.8 LOPJ , que se refiere al "ejercicio de toda actividad mercantil, por si o por otro", sino también la administración del patrimonio personal o familiar por medio de fórmulas tan amplias como cualquier otro tipo de personas jurídicas, así como de comunidades de bienes.

Estimamos, por tanto, que el precepto impugnado establece ex novo el requisito de la previa concesión de la compatibilidad para actividades que en la LOPJ no están sujetas a dicha condición, lo que excede de la potestad reglamentaria que el artículo 110.i) LOPJ reconoce al Consejo General del Poder Judicial en materia de incompatibilidades, que en el propio precepto está limitada al establecimiento de una regulación secundaria y auxiliar, que no autoriza ni la ampliación de la lista de actividades declaradas incompatibles en la LOPJ, ni la imposición del requisito o condición de la previa concesión de la compatibilidad cuando no está previsto en la dicha Ley.

Se estima por tanto el recurso por las razones indicadas, con anulación del apartado h) del artículo 326.1 del Reglamento.

(...) También impugna la Asociación recurrente el apartado i) artículo 326.1, que declara incompatible el cargo de juez o magistrado con la siguiente actividad:

i) Con las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género. El desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas o privadas, o

asociaciones de cualquier naturaleza exigirá la previa obtención de la compatibilidad. El desempeño de los cargos indicados en asociaciones judiciales se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

La impugnación se limita al inciso siguiente: "El desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas o privadas, o asociaciones de cualquier naturaleza exigirá la previa obtención de la compatibilidad", y las razones de la impugnación son las mismas que la parte demandante hizo valer contra el apartado h) del mismo precepto, esto es, la ampliación que efectúa el Reglamento del supuesto de incompatibilidad previsto por el artículo 389.9 LOPJ, careciendo el Consejo General del Poder Judicial de competencia para ello.

Esta misma Sala se ha pronunciado en relación con la impugnación del artículo 326 i) en el recurso 357/2011, promovido por la "Plataforma Cívica por la Independencia Judicial", en el que ha recaído sentencia de fecha 9 de julio de 2013, en la que efectuábamos los siguientes razonamientos:

" El artículo 22 de la Constitución reconoce el derecho fundamental "de asociación", y su desarrollo debe abordarse mediante Ley Orgánica, por imperativo del artículo 81 del Texto constitucional. Por su parte, el art. 34 de la Constitución reconoce "el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley", y el art. 53.1 del texto constitucional reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben en todo caso respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades.

En concordancia con ello, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, dispone, en lo que aquí interesa: "Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios: (...) d) Los Jueces, Magistrados y Fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales".

Y el siguiente artículo 4 de la citada Ley Orgánica añade: "1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la constitución y el desarrollo de las asociaciones que realicen actividades de interés general.

2. La Administración no podrá adoptar medidas preventivas o suspensivas que interfieran en la vida interna de las asociaciones".

De lo que se colige que ni la LOPJ, ni la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, imponen limitación alguna o modulación, ni someten al previo reconocimiento de compatibilidad, el ejercicio del derecho fundamental de asociación a jueces y magistrados. Tales normas únicamente establecen especialidades para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales.

Por su parte, el Artículo 8 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, al regular la capacidad para fundar, dispone:

"1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

2. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, inter vivos o mortis causa, de los bienes y derechos en que consista la dotación".

Tampoco en este caso, la LOPJ o la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, imponen limitación alguna al derecho de fundación por parte de jueces y magistrados, ni exigen la previa obtención de compatibilidad.

La cuestión litigiosa queda centrada, pues, en si el Reglamento incurre en un exceso, ampliando ex novo la lista de incompatibilidades de jueces y magistrados, y en concreto si dentro de la expresión "sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género", cabe entender que comprende a la fundaciones, públicas o privadas, y a las asociaciones.

Como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal, este Tribunal tuvo ocasión de interpretar dicho precepto de la Ley Orgánica al pronunciarse en el recurso num. 316/2008, Sentencia de 8 de febrero de 2010, en la que se dijo, en lo que ahora interesa, que:

"En el presente caso, no podemos dejar de considerar que la Fundación Caja Rural de Córdoba, que lleva el nombre de una importante entidad financiera de dicha provincia, es un instrumento por el que dicha mercantil lleva a cabo su política social, propia de estas entidades, lo que da lugar a que la dotación

fundacional, como sostiene la Abogada del Estado, provenga de dicha entidad mercantil, que además nombra al Presidente del Patronato de la Fundación. Es decir, existe una indudable conexión entre la Fundación Caja Rural de Córdoba y la entidad mercantil Caja Rural de Córdoba, y es esa conexión evidente ante la opinión pública la que avala el acuerdo que ahora se impugna y que trata de preservar la imparcialidad del Juez, en este caso, Presidente de una Sección de la Audiencia Provincial, desde un punto de vista objetivo. Recuerda la representación de la demandada la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2001, que sostiene que con carácter general el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial responde a la finalidad sustancial de preservar su independencia, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquella aparece comprometida o empañada. El acuerdo recurrido sostiene que es incompatible el cargo en base a que la promoción de la cultura cooperativa tiene un indudable componente mercantil, así como por las funciones representativas del Presidente de la Fundación y al hecho de que sea nombrado por la Comisión Ejecutiva de la Caja Rural de Córdoba, y al mismo tiempo que el Patronato de la Fundación del que forma parte el Presidente aprueba las cuentas de la misma. Pues bien, es evidente que más allá del debate de si estamos o no ante una sociedad mercantil "strictu sensu", las funciones del Presidente de la Fundación, en cuanto representante de una entidad, relacionada directamente con una importante mercantil de la Provincia en que ejerce sus funciones jurisdiccionales, le obligan a firmar convenios y contratos de naturaleza mercantil, y a aprobar las cuentas de la Fundación, acto de máxima importancia y responsabilidad, que no puede obviarse so pretexto de desconocer las reglas contables. En consecuencia, no puede interpretarse el apartado 9 del artículo 389 en un sentido estricto, considerando que solo en el caso de empresas o sociedades mercantiles típicas existe incompatibilidad, pues la finalidad del mismo es como ya se ha dicho, evitar el ejercicio por quien tiene funciones jurisdiccionales, de cualquier otra actividad, que de forma objetiva, pueda ser apreciada por la sociedad como incompatible con la neutralidad e imparcialidad propia de la función jurisdiccional, y por eso el precepto pretende abarcar toda clase de sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género. Es evidente que si el precepto hubiera limitado la incompatibilidad a la participación, en este caso administrativa, en empresas mercantiles tipificadas como tales, las dos últimas concreciones sobrarían. En consecuencia, esta Sala comparte los argumentos del acuerdo recurrido, y de la Abogada del Estado que lo defiende, en el sentido de que no puede excluirse a las fundaciones automáticamente del ámbito del artículo 389.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni interpretar el termino sociedades o empresas mercantiles en su sentido más técnico, a fin de limitarlo a aquellas que tengan ánimo de lucro, sino que es una cuestión a resolver caso por caso, atendiendo a la actividad y naturaleza de las mismas y a sus circunstancias, como la vinculación mas o menos directa con una entidad mercantil, para determinar si el ejercicio de un cargo en las mismas pueda empañar o no la independencia judicial objetivamente".

En definitiva, la expresión utilizada en el artº 389.9 de la LOPJ, "sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género", no se está utilizando en sentido técnico, ni con la misma se pretende salvaguardar la independencia judicial evitando que los miembros de la Carrera Judicial se ocupen directamente de actividades mercantiles, puesto que en este caso estaríamos ante un precepto redundante e inútil, pues ya el número 8 del citado artículo se encarga de declarar la incompatibilidad "con el ejercicio de toda actividad mercantil, por si o por otro", sino que está haciendo referencia a entidades u organizaciones en general, no sólo las que tengan ánimo de lucro, sino también las que persiguen otros fines, como pudieran ser las fundaciones y, claro está, las asociaciones, siendo lo determinante su vinculación más o menos directa con una entidad mercantil. El artº 389.9 de la LOPJ se refiere, también, a fundaciones y asociaciones, siempre que su actividad pueda proyectarse o vincularse con entidades mercantiles, por lo que cabe añadir a la dicción del artº 389.9 de la LOPJ, "sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género", incluidas las fundaciones y asociaciones más o menos vinculadas directamente con aquellas, a las que se extiende la incompatibilidad prevista.

El problema, por tanto, se traslada a otro ámbito, efectivamente hemos de convenir que es incompatible con la función judicial el desempeño de cargos directivos en fundaciones y asociaciones, pero no en todo caso, sino sólo respecto de la que existe la expresada vinculación con una entidad mercantil en sentido amplio, por lo que la cuestión a dilucidar es de límites y respecto del control que introduce el expresado artº 326.1.i), del Reglamento que prevé para el desempeño de cargo directivo la obtención de compatibilidad.

Pues bien, aún lo casuístico que puede resultar el ámbito al que abarca dicho artículo, si dicha actividad en los supuestos a los que se extiende el 389.9 de la LOPJ, en los términos vistos, resulta incompatible, no puede simultanearse con el cargo de magistrado o juez, lo que en modo alguno cabe es prever al respecto la posibilidad de obtención de compatibilidad, puesto que siendo absolutamente incompatible en ningún caso puede obtenerse dicha compatibilidad. Por tanto, el desempeñar cargo directivo en asociaciones o fundaciones

es o no incompatible con carácter absoluto. La cuestión radica en cómo articular dicho control, en supuesto tan casuístico y, prima facie, indeterminado, y como se colige del carácter absoluto de la incompatibilidad a la que nos venimos refiriendo, resulta de todo punto inadecuado pretender ejercer dicho control mediante la obtención de una previa declaración de compatibilidad, pues si la actividad es de las incompatibles no cabe obtener compatibilidad alguna, y viceversa, si no es incompatible, no puede sujetarse su libre ejercicio a dicha obtención. Por tanto, sin perjuicio de los instrumentos de control que pudiera articular el Consejo General del Poder Judicial, en una cuestión de perfiles ciertamente inciertos en los que se exige una labor de exégesis para delimitar la vinculación más o menos directa con la entidad mercantil a los efectos que interesa, resulta evidente que dicho artículo reglamentario en cuanto exige una previa obtención de compatibilidad para el desempeño de cargo directivo en cualquier fundación o asociación, incluso las no comprendidas en el artº 389.9 de la LOPJ, introduce una medida que supone materialmente una restricción al derecho de asociación y fundación, excediéndose el ámbito de incompatibilidades que de forma cerrada y taxativa impone el artº 389 de la LOPJ."

Procede, por lo razonado en la sentencia citada, la estimación del recurso en relación con el inciso impugnado del artículo 326.1.i) del Reglamento, que se anula.

(...) El artículo 327 es el último de los precepto del Reglamento 2/2011 impugnados por la Asociación de jueces y magistrados Francisco de Vitoria.

1. *El ejercicio de la docencia y la investigación jurídica por parte de los miembros de la Carrera Judicial constituye una manifestación de su competencia profesional y el reconocimiento de su experiencia y conocimientos.*

2. *De conformidad con lo dispuesto en el apartado e) del número uno del artículo anterior, el Consejo General del Poder Judicial, previa petición, podrá autorizar a los miembros de la Carrera Judicial para compatibilizar su cargo con el ejercicio de la docencia o investigación jurídica así como con la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquella, cuando sea necesario de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.*

Aunque el recurso se dirige contra el artículo 327 del Reglamento, sin efectuar distinción entre sus dos apartados, cabe entender que la impugnación está limitada al apartado 2, porque no desarrolla ninguna argumentación en relación con el apartado 1 del artículo 327, que efectúa una declaración de tipo genérico sobre el ejercicio de la docencia y la investigación jurídica como manifestaciones de la competencia profesional, que la recurrente no cuestiona.

El artículo 327.1 impugnado comienza con una referencia expresa al artículo 326.1.letra e) del Reglamento, que declara que el cargo de juez o magistrado es incompatible " *con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquella, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.* "

Este último precepto es reproducción literal del artículo 389.5 LOPJ, que en idénticos términos declara incompatible el cargo de juez o magistrado con el ejercicio de todo empleo, cargo o profesión retribuida, y exceptiona de la incompatibilidad la docencia o investigación jurídica, y la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquella, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de incompatibilidades al servicio de las Administraciones Públicas.

Sostiene la parte recurrente que el artículo 327.2 del Reglamento exige, de modo genérico, la autorización de la compatibilidad en los casos de ejercicio de la docencia, investigación jurídica, y producción y creación literaria, artística, científica y técnica, yendo más lejos o siendo más riguroso de lo previsto en la Ley de incompatibilidades y considera que es razonable la exigencia de compatibilidad para las actividades de docencia y de investigación que impliquen vinculación de prestación de servicios con alguna institución educativa, pero que no resulta razonable la extensión de la autorización a actividades como la creación literaria, que no tienen tal vinculación, ni repercusión de ningún tipo en la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, las alegaciones de la Asociación recurrente no pueden acogerse, porque parten de una interpretación incorrecta del artículo que impugna, que no establece extensión o modificación en relación con la regulación de la LOPJ.

En efecto, el artículo 389.5 LOPJ declara las actividades docentes, de investigación jurídica y de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de

aquella, exceptuadas de la incompatibilidad, " *de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas*".

En relación con lo anterior, el artículo 327.2 del Reglamento no impone ninguna generalización de la necesidad de autorización de la compatibilidad, como sostiene la Asociación recurrente, pues establece que el Consejo General del Poder Judicial podrá autorizar la compatibilidad "*...cuando sea necesario de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas*."

No se establece entonces por el Reglamento una exigencia genérica de autorización, como resulta de la interpretación del artículo impugnado que efectúa la Asociación recurrente, sino que la exigencia de la autorización está limitada a los casos en que sea necesaria de conformidad con la legislación de incompatibilidades de los funcionarios.

Por tanto, el régimen jurídico de las actividades docentes, investigación jurídica y de creación literaria, artística, científica y técnica es el mismo en el artículo reglamentario impugnado que en la LOPJ, sin ninguna generalización o extensión de las actividades sujetas a autorización, pues ambas normas, LOPJ y Reglamento, se remiten a lo dispuesto en la ley 53/1984, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La ley 53/1984 trata de las actividades docentes y de investigación a que se refiere el Reglamento en sus artículos 4 y 19, apartado f).

El artículo 4 de la Ley 53/1984 prevé que pueda autorizarse la compatibilidad para el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente, en las condiciones que indica, y el artículo 19.f) de la misma ley exceptúa del régimen de incompatibilidades las actividades de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, "*...siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios...*".

De esta forma la referencia del artículo 327.2 del Reglamento a la autorización de la compatibilidad, "*cuando sea necesaria*" de conformidad con la ley 53/1984 , opera en relación con el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente y, en su caso, cuando la producción o creación literaria, artística, científica y técnica se origine como consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios, pero no en el resto de los casos de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y publicaciones derivadas de aquella, que están exceptuados del régimen de incompatibilidades de la ley 53/1984.

Por lo hasta aquí razonado, el artículo 327.2 del Reglamento no supone ninguna extralimitación en relación con el régimen de incompatibilidades determinado en el artículo 389.5 LOPJ , por lo que se desestima la demanda en la impugnación del indicado precepto reglamentario.>>

QUINTO.- Como decíamos, el único aspecto de la impugnación que subsiste respecto al recurso promovido por la Asociación Francisco de Vitoria, es el que se refiere a los apartados 5º y 6º del artículo 210, puesto que en lo relativo al artículo 211 del Reglamento, como después razonaremos, el recurso resulta inviable .

Comenzando nuestro análisis por el apartado 5º del artículo 210, hemos de indicar que los términos en los que se presenta la impugnación en el presente recurso son más amplios y tienen un alcance mayor que los esgrimidos en el recurso 349/2011. En este último recurso la Asociación Francisco de Vitoria admite la regla general de que el disfrute de las vacaciones durante los meses que indica el precepto cuestionado, del 1 de junio al 31 de septiembre, como período ordinario de vacaciones anuales por parte de Jueces y Magistrados que sirven órganos judiciales unipersonales, si bien, discrepa de la exigencia de circunstancias debidamente justificadas para el reconocimiento de vacaciones en otros períodos distintos, exigencia que considera contraria a derecho.

El Foro Judicial Independiente plantea su recurso, como decíamos, en términos más amplios, combatiendo la determinación inicial de este período vacacional que abarca desde el 1 de junio al 30 de septiembre, al considerar que dicha fijación del período implica una restricción o limitación respecto a la regulación contemplada en el artículo 371 LOPJ , que únicamente establece para todos los jueces y magistrados, el derecho a disfrutar vacaciones durante 22 días hábiles, sin limitación ni referencia alguna a una determinada época del año, salvo para los magistrados de órganos colegiados que lo acota necesariamente para el mes de agosto. Entiende el Foro recurrente que las limitaciones introducidas en este apartado 5º del artículo 210, vulnera el espíritu del artículo 371 LOPJ y la finalidad expresada en el Preámbulo del de la Ley

Orgánica 17/2009, en el que se indica que el propósito de la reforma es mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral para los miembros de la carrera judicial.

Las alegaciones de los recurrentes, pues, se apoyan en la afirmación de que el Reglamento recurrido no encuentra cobertura en el Art. 371 de la LOPJ, pues en él no se contiene ninguna limitación en lo que se refiere al período de vacaciones. Por el contrario, el Abogado del Estado considera que el precepto cuestionado cuenta con la cobertura del aludido artículo 371 LOPJ y añade que el mandato del artículo 377 LOPJ habilita al CGPJ para que en lo relativo a las licencias y permisos desarrolle reglamentariamente el régimen jurídico y demás aspectos referidos al órgano que ha de otorgarlos, su duración y todo aquello que no se encuentre en la LOPJ.

En este punto hemos de acoger la tesis de la parte recurrente y rechazar la de la recurrida. La controversia se ciñe en este caso a si el artículo 371 LOPJ mencionado otorga o no al precepto impugnado una habilitación legal específica para el ejercicio de su potestad reglamentaria al CGPJ para regular el régimen de vacaciones en la forma que lo hizo. Nos corresponde, pues, decidir si por vía reglamentaria se desarrolla la ley o si se incluye una innovación, con una adición por vía reglamentaria de una limitación temporal no incluíble en la LOPJ.

Pues bien, para aceptar que el Reglamento que nos ocupa pueda ser desarrollo, como razona el Abogado del Estado, del art. 371 LOPJ habría que identificar en este último algún elemento que permitiera la ulterior delimitación temporal por vía reglamentaria. Y el contraste entre el mencionado precepto legal, que establece, sin más, los días de disfrute de las vacaciones anuales y el precepto reglamentario analizado, que delimita el período ordinario de disfrute para los titulares de órganos unipersonales, permite concluir que la restricción del período vacacional a los indicados meses de junio a septiembre no cuenta con la preceptiva habilitación, esto es, que el Reglamento no es desarrollo normativo del artículo 371 LOPJ y que el CGPJ carece de habilitación legal para establecer tal restricción, que tampoco puede ampararse en el genérico mandato del artículo 377 LOPJ, que habilita al CGPJ para el desarrollo del régimen jurídico de licencias y permisos.

El art. 371 LOPJ se refiere exclusivamente a la duración del período de disfrute de las vacaciones anuales, sin mencionar ningún criterio adicional de carácter temporal ni habilita al CGPJ a su ulterior delimitación y nada se dice al respecto. Pero es que tampoco el art. 377 LOPJ, que autoriza de forma genérica el desarrollo reglamentario en lo que se refiere al régimen jurídico de licencias y permisos, permite la inclusión de tal previsión por parte del CGPJ, en cuanto ha de limitarse al desarrollo en lo relativo al órgano competente para su otorgamiento, su duración y "cuanto no se halle establecido en la presente ley" expresión ésta que no comprende cualquier innovación de carácter restrictivo en su utilización. No puede entenderse que la noción de desarrollo de la regulación legal comprenda la posibilidad de incluir cualquier acotación de carácter sustancial, como es la definición de un período ordinario de vacaciones, que condiciona y determina, lógicamente, con un carácter limitativo, su disfrute por los titulares de los órganos unipersonales.

Se advierte con claridad una diferencia sustancial entre la previsión legal y la reglamentaria, en lo que constituye un elemento determinante del permiso anual de vacaciones, como es su aspecto temporal, al introducir el reglamento, con un signo claramente restrictivo, una limitación que en modo alguno puede considerarse comprendida en la genérica expresión contenida en ese precepto legal.

Procede, pues, acoger la tesis del recurrente de que no es aceptable que la regulación reglamentaria del permiso anual de vacaciones de los órganos unipersonales contenida en el apartado 5º pueda interpretarse o considerarse desarrollo de la regulación legal del art. 371 o del artículo 377 LOPJ que habilita al CGPJ para dictar el precepto reglamentario según lo expuesto, razones por las que procede declarar su nulidad.

SEXTO .- Se impugna por el Foro Judicial Independiente el apartado 6º del citado artículo 210, en el que se contempla el disfrute de los días de vacaciones que con arreglo al art 371 LOPJ, excedan de un mes, así como el de los días adicionales por razón de antigüedad. Contempla este precepto la posibilidad de su disfrute de manera conjunta o a continuación del referido mes o en cualquier otro momento, siempre que no concurren circunstancias en el órgano judicial que no impidan su disfrute en el periodo solicitado.

En el desarrollo argumental de la impugnación se formula de manera conjunta con el apartado 5º, que hemos analizado y se invocan las mismas o similares razones, sobre el exceso reglamentario, si bien referidas en esta ocasión a los días de vacaciones que excedan de un mes y a los días adicionales por razón de la antigüedad a los que se refiere el artículo 371 LOPJ.

Pues bien, en realidad, el contenido de la impugnación ha quedado muy reducido, a tenor de la nueva redacción del párrafo 1º de la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, que ha suprimido el día hábil adicional

de vacaciones, por lo que esta modificación operada implica la derogación tácita del precepto que aquí se cuestiona.

Hecha la anterior precisión, de la demanda no se infiere ningún argumento específico dirigido a combatir el tenor del apartado 6º, que sujeta el disfrute de los días mencionados a la inexistencia de circunstancias en el órgano judicial que impidan el disfrute en el período solicitado. No obstante, no advertimos que el contenido de este precepto contradiga o resulte un exceso respecto a la regulación legal ni singularmente a la previsión de los artículos 371 y 372 LOPJ, precepto este último que contempla los supuestos de denegación del permiso anual de vacaciones, ya sea por razón de los asuntos pendientes en el Juzgado o Tribunal, por la acumulación de peticiones de licencias en el territorio o por otras circunstancias excepcionales.

Así las cosas, si consideramos los términos que utiliza el Reglamento y los de la Ley citada son conceptualmente similares, se puede concluir que el Reglamento es desarrollo normativo de la LOPJ y que cuenta con título habilitante ex art. 377 LOPJ. Procede, pues, la desestimación de la impugnación formulada.

SÉPTIMO.- Finalmente sostiene el Foro Judicial recurrente la nulidad del artículo 211 del Reglamento "en su integridad".

No obstante, concurre en la impugnación de este precepto un óbice que resulta insalvable y que determina su rechazo.

Y es que en efecto, el artículo 211 del Reglamento, que regula el plan de vacaciones de los jueces y magistrados titulares de los órganos unipersonales, precepto reglamentario que formalmente se recurre y cuya nulidad se solicita en el suplico de la demanda, nada se dice ni se justifica argumentalmente su impugnación en la demanda deducida, pues todas las alegaciones contenidas en dicho escrito se dirigen, en realidad, a combatir el contenido del artículo 213 del Reglamento, que se refiere a la forma y condiciones de disfrute de los permisos de tres días.

Así, aduce el Forro que el reglamento empeora notablemente el régimen ya restrictivo del artículo 373.4 LOPJ, al exigir dos condiciones adicionales no contempladas en la LOPJ, como son que el disfrute de esos tres días sea continuado y que salvo que medie un día inhábil por medio, no se acumule a otro permiso de tres días o al período de vacaciones e invoca el artículo 373.4 LOPJ que limita únicamente los permisos de tres días a uno al mes y el exceso, en su opinión de la regulación reglamentaria respecto a la citada LOPJ.

Como se advierte con facilidad, existe una total disparidad entre el contenido del precepto reglamentario recurrido, el artículo 211, referido al plan de vacaciones anuales de los órganos unipersonales, y las alegaciones que justifican y sustentan la impugnación, referidas todas ellas a una distinta regulación y materia, como es el disfrute de permisos de tres días y su eventual acumulación contenida en el artículo 213 del Reglamento -que desarrolla el apartado 4 del artículo 374 LOPJ que ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre y que determina la derogación tácita del mencionado artículo 213 -.

Tal divergencia argumental entre el objeto de la impugnación, el artículo 211 y los argumentos vertidos para solicitar su nulidad, referidos todos ellos al artículo 213, determina la inviabilidad de la pretensión anulatoria. No cabe olvidar que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala es carga del recurrente no solo abrir la vía para que el tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con el Tribunal con un pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan (SSTS de 29 de marzo de 2011 y 19 de junio de 2012, dictadas en recursos 3545/2009 y 219/2011).

OCTAVO.- De acuerdo con las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, procede estimar parcialmente el recurso formulado por el Foro Judicial Independiente contra el Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial, del que se anulan por ser contrarios a derecho los siguientes artículos:

- Artículo 24.4 en su totalidad y artículo 37 en el inciso "*como magistrados especialistas en el orden jurisdiccional que corresponda*".

- Artículo 41 y 42 en su totalidad.

- Artículo 210.5 en su totalidad.

- Artículo 326.1.h) en el inciso: "*La administración del patrimonio personal y familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes, estará sujeta a la previa concesión de compatibilidad*".

- Artículo 326.1.i) en el inciso: "*El desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas o privadas, o asociaciones de cualquier naturaleza exigirá la previa obtención de la compatibilidad*".

NOVENO.- No se aprecia la concurrencia de los requisitos legales para la imposición de costas, según lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción .

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo número 1/ **356/2011** interpuesto por la representación procesal de la Asociación Foro Judicial Independiente, contra el Acuerdo del Consejo General del Poder judicial de 28 de abril de 2011, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, del que se anulan por ser contrarios a derecho los artículos 24.4 , 37 , 41 , 42 , 210.5 , 326.1.h) y 326.1. i) con arreglo a lo razonado en el fundamento jurídico octavo de esta Sentencia, todo ello sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Mariano de Oro Pulido y López D. Ricardo Enríquez Sancho

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez D. Pedro José Yagüe Gil

D. Rafael Fernández Montalvo D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez D. Manuel Campos Sánchez Bordona

D. Nicolás Maurandi Guillén D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Rafael Fernández Valverde D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina D. Emilio Frías Ponce

D. José Díaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas

D. Luis María Díez Picazo Giménez D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D^a. María del Pilar Teso Gamella D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. José Antonio Montero Fernández D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. Carlos Lesmes Serrano D. José María del Riego Valledor

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

D. Diego Córdoba Castroverde D. José Juan Suay Rincón

D. Óscar González González D. Ramón Trillo Torres

D. Vicente Conde Martín de Hijas D. Manuel Martín Timón

D. Jesús Ernesto Peces Morate D. Juan Gonzalo Martínez Micó

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil a la sentencia pronunciada en fecha 19 de Julio de 2013 y en el recurso contencioso-administrativo número **356/2011** por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo.

La sentencia del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima en parte el recurso contencioso-administrativo **356/2011** interpuesto por la Asociación Foro Judicial Independiente contra el Acuerdo de 28 de Abril de 2011 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial.

Por medio de este voto particular muestro mi desacuerdo con dicha sentencia en el extremo concreto en que anula los artículos 24.4 y 37 del Reglamento impugnado, que reconocen la posibilidad de que los miembros de la carrera judicial con categoría de Magistrados se especialicen en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, por entender la Sala que dicha especialización no se encuentra reconocida en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No estoy de acuerdo ni con ese argumento ni con su conclusión.

El artículo 344.a) de dicha Ley Orgánica, que regula la forma en que han de cubrirse las cuatro plazas que en cada Sala del Tribunal Supremo se reservan a la Carrera Judicial, dice literalmente lo siguiente:

"Art. 344. De cada cuatro plazas reservadas a la Carrera Judicial, corresponderán:

a) Dos a magistrados que hubieren accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal o que las superen ostentando esa categoría, o, en función del orden jurisdiccional, dos a magistrados especialistas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social o que pertenezca en este último caso al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo."

Este precepto muestra de forma clara que la L.O.P.J. admite la especialización de Magistrados en el orden civil y penal, y la norma no puede ser desvalorada llamándola ocasional o episódica, porque este artículo 344.a) tiene la misma fuerza normativa que el artículo 311.1, y si éste se refiere a los Jueces, aquél se refiere a los Magistrados. Ninguna contradicción hay entre ambas normas y a ninguna se le puede privar de su fuerza normativa.

Dígame lo mismo del reconocimiento de la especialización en el orden penal del artículo 330.7 de la L.O.P.J., referente a la provisión de plazas en la Sala de lo Penal y en la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

Y frente a ello no podría decirse que una cosa es la especialidad y otra la superación de pruebas de selección, pues en la Ley Orgánica ambos conceptos son equivalentes y se trata de una sutileza puramente semántica que carece, por ello, de diferencias sustantivas. [Ello sin contar con el hecho de que el artículo 344.a), que nos ocupa, referente a los Magistrados, utiliza la expresión "*pruebas de selección*" de la misma forma que el 311 habla de "*pruebas selectivas*", con referencia a los Jueces, lo que demuestra que se trata de la misma cosa]. Las pruebas selectivas son el medio para lograr la especialización y la especialización es el resultado de la superación de las pruebas selectivas.

En definitiva, no se comprende que se concluya que un concepto no está admitido en la L.O.P.J. cuando hay preceptos concretos que lo regulan [los artículos 344.a) y 330.7] y con unos efectos específicos (a saber, nada menos, por ejemplo, que reservando a esa vía dos plazas en cada una de las Salas del Tribunal Supremo). Sí lo está, y de forma específica y concreta, en la misma letra de la L.O.P.J., y, desde luego, en su propio espíritu, pues así se deduce de su Exposición de Motivos (Apartado VII, que habla de la especialización como "*necesaria*" y "*conveniente*").

Añado a estas razones las mejores y más cumplidas que da en su voto particular sobre esta cuestión el Magistrado Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

Por todo ello, considero que la sentencia debió desestimar la impugnación de los artículos 24.4 y 37 del Reglamento impugnado, por estar admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial la especialización de los Magistrados en los órdenes civil y penal, y ser por ello conforme a Derecho, en este extremo, el Reglamento impugnado.

Lo firmo en Madrid, a 19 de Julio de 2013.

D. Pedro José Yagüe Gil

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:19/07/2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sentencia dictada

por el Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013, en el recurso contencioso-administrativo número **356/2011** , interpuesto por la representación procesal de FORO JUDICIAL INDEPENDIENTE contra el Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial.

Debo mostrar respetuosamente mi discrepancia con el pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, que, en la expresión de su voto mayoritario, declara la nulidad del artículo 24.4 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial , aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 28 de abril de 2011, que regula el procedimiento selectivo para el reconocimiento de la condición de especialista en los ordenes civil o penal, que sustento en los siguientes fundamentos jurídicos.

Primero. - La Constitución Española de 1978, en su artículo 122.2 define al Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del poder judicial. El designio del poder constituyente al instituir el Consejo General del Poder Judicial era configurar un órgano de relevancia constitucional, autónomo y separado de los demás poderes estatales constituidos, al servicio de la jurisdicción, con la finalidad de que asuma determinadas funciones y competencias en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados, cuya transferencia al Gobierno podría enturbiar o comprometer la imagen de la independencia judicial.

Aunque el artículo 122 de la Constitución no prevee la atribución al Consejo General del Poder Judicial de la potestad reglamentaria, ello no es obstáculo para que el legislador orgánico confiera al órgano de gobierno del poder judicial funciones ordinamentales relativas a la organización de Juzgados y Tribunales y al desarrollo del estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, que se revelen necesarias y adecuadas para el cumplimiento de las funciones constitucionalmente asignadas, y de aquellas otras de carácter complementario o conexo, que, aunque no estén específicamente mencionadas en el texto constitucional, por su naturaleza o esencia, no deban atribuirse al Gobierno.

Así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 108/1986, de 29 de junio , que advierte que la reserva de Ley Orgánica respecto del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados, a que alude el artículo 122.1 de la Constitución , no excluye la posibilidad de desarrollo reglamentario, aunque el ejercicio de dicha potestad está condicionado a no afectar a la independencia de los servidores públicos, Jueces y Magistrados, integrantes del poder judicial, en cuanto que como titulares de la potestad jurisdiccional, no pueden, en principio, estar sometidos a normas de rango inferior a la Ley, y, muy especialmente, a los reglamentos que pueda dictar el Gobierno.

*<<Lo expuesto hasta ahora no agota, sin embargo, la cuestión planteada, porque, al margen de que el art. 97 de la Constitución no imponga a la potestad reglamentaria del Gobierno los límites que pretenden los recurrentes y de que no puede atribuirse al Consejo el poder implícito de dictar reglamentos aplicables fuera de su ámbito, debe examinarse si existen otras razones para restringir y, en caso afirmativo, en qué medida, la potestad reglamentaria en lo que afecta a la situación, derechos y deberes de los jueces y magistrados. La cuestión surge porque **aun siendo cierto que este Tribunal ha declarado que la reserva de Ley Orgánica no excluye la posibilidad de desarrollos reglamentarios** - STC núm. 77/1985, de 27 de junio (RTC 1985\77)-, en el caso de la reserva específica del estatuto de los jueces y magistrados previsto en el artículo 122.1 de la Constitución se da una característica peculiar, cual es la independencia que a los jueces y magistrados, como integrantes del poder judicial, es decir, como titulares de la potestad jurisdiccional, les reconoce la misma Constitución. Esa independencia supone que los jueces no pueden estar sometidos, en principio, a normas de rango inferior a la ley y, muy especialmente, a los reglamentos que pueda dictar el Gobierno (art. 117.1 de la Constitución). Y ello no sólo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también en su propio status, pues lo contrario supondría la posibilidad de influir en su situación personal con los riesgos que ello acarrea respecto a la misma función jurisdiccional. Ya, en ese sentido, la vieja Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870 (NDL 6437), disponía, en su art. 6 , que las «disposiciones reglamentarias que el Poder Ejecutivo adopte, en uso de sus atribuciones, nunca alcanzarán a derogar ni a modificar la organización de los Juzgados y Tribunales, ni las condiciones que para el ingreso y ascenso en la carrera judicial señalen las leyes». Ese principio ha de considerarse reforzado por nuestra vigente Constitución. **El status de los jueces y magistrados, es decir, el conjunto de derechos y deberes de los que son titulares como tales jueces y magistrados, ha de venir determinado por ley y más precisamente por Ley Orgánica (art. 122.1 de la Constitución). Ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a ese status. Exigencias de carácter práctico pueden imponer que regulaciones de carácter***

secundario y auxiliar pueden ser dispuestas por vía reglamentaria. Pero en el bien entendido que tal tipo de disposiciones no pueden incidir en el conjunto de derechos y deberes que configuran el estatuto de los jueces y sí sólo regular, como se ha dicho, condiciones accesorias para su ejercicio.

El tipo de reglamento que contenga esas condiciones podrá entrar en el ámbito de aquéllos cuya aprobación es facultad del Consejo según el citado artículo 110 de la L. O. P. J ., que debe ser interpretado en forma amplia, por constituir una garantía de las funciones que la misma Ley asigna al Consejo para protección de la independencia judicial. *También es posible, en ciertos casos, que la potestad reglamentaria corresponda al Gobierno, aunque siempre dentro de los límites indicados. No es posible ni necesario señalar «a priori» en qué casos corresponderá al Consejo o al Gobierno esa potestad. Basta recordar que en caso de uso indebido de la misma existen cauces legales para resolver las discrepancias que surjan.>>*

Segunda.- La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sometida a constantes reformas, incurre en un claro defecto de técnica legislativa en la regulación de las especialidades jurídicas como sistema de cualificación profesional y de promoción de Jueces y Magistrados, pero ello no puede determinar la anulación del artículo 24.4 y disposiciones conexas del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial , aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de abril de 2011, por cuanto, a mi juicio, tal como sostienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de contestación a la demanda, el Consejo General del Poder Judicial no se ha extralimitado al desarrollar las previsiones establecidas en el artículo 311 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 110.2.a) y e) y 344 del referido texto legal .

En efecto, cabe poner de relieve, en primer término, que el artículo 110.2.a) y e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en la redacción introducida por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, habilita expresamente al Consejo General del Poder Judicial para dictar reglamentos en desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de "promoción y especialización en la Carrera Judicial" y en las "actividades de formación de los Jueces y Magistrados y forma de obtención de títulos de especialización", sin excluir ningún orden jurisdiccional del ámbito regulatorio, por lo que carece de fundamento que el Consejo General del Poder Judicial carezca de habilitación para regular las especialidades en los ordenes jurisdiccionales civil y penal, al solo poder regular pruebas de especialización en los ordenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, en cuanto esa distinción no es coherente con el derecho constitucional de Jueces y Magistrados a promocionar en condiciones de igualdad, que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución , en relación a lo dispuesto en el artículo 122.1 del texto legal, ni con el principio de racionalidad que rige la organización judicial como servicio público constitucional, conforme se infiere de lo dispuesto en los artículos 103 y 117 de la Constitución Española .

Por ello, sin necesidad de invocar la potestad reglamentaria de suplencia del Consejo General del Poder Judicial, ante las oscuridades y las antinomias conceptuales y terminológicas en que incurre la regulación del legislador orgánico de los mecanismos de promoción y especialización en los diferentes ordenes jurisdiccionales, cabe una interpretación sistemática e integradora de los artículos 110 , 311 y 344 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que, partiendo de la regulación de la provisión de plazas en el Tribunal Supremo, que en la relación introducida por la Ley Orgánica 19/2003, estipula que de cada cuatro plazas reservadas a la Carrera Judicial que de cada 4 plazas reservadas a la Carrera Judicial corresponderán dos a Magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal o que las superen ostentando esa categoría, o en función del orden jurisdiccional, dos a Magistrados especialistas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social o que pertenezcan en este último caso al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo, permita superar la interpretación descontextualizada y literalista del artículo 311 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , cuya redacción descansaba en la idea de que los jueces que ingresaban en la Carrera Judicial estaban " *ab initio*" especializados para ejercer sus funciones en los ordenes jurisdiccionales civil y penal, por lo que para acceder a la categoría de Magistrado se les habilitaba un específico sistema de promoción basado en la superación de pruebas selectivas.

Al respecto, cabe señalar que de la lectura de la Memoria del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y del contenido de los informes emitidos con ocasión de su tramitación, se desprende inequívocamente que el designio del legislador era establecer un sistema común de "especialización por pruebas selectivas", cuya superación permitía la promoción a la categoría de Magistrado, así como acceder con preferencia a determinadas plazas reservadas en los órganos colegiados, sin distinguir por tanto, desde esta perspectiva sustantiva de ordenación de la Carrera Judicial, las pruebas selectivas genéricas de las de especialización, en cuanto se considera que los ordenes civil y penal constituyen el "tronco común" de la jurisdicción ordinaria, en las que se centra la formación de los que ingresan en la Carrera Judicial.

Así mismo cabe significar que la negación, en términos absolutos, del carácter de especialista en los ordenes jurisdiccional civil y penal, a que aboca la decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, contradice la previsión del artículo 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que regula el mecanismo de provisión de la plaza de Presidente de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, estableciendo un criterio de preferencia entre los Magistrados con quince años de antigüedad en la carrera judicial y que hayan prestado servicios al menos durante diez años en el orden jurisdiccional penal, basado en ostentar la condición de especialista en el orden jurisdiccional penal.

La decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, adoptada en la resolución del recurso contencioso-administrativo 349/2011, se aparta de precedentes de esta misma Sala jurisdiccional, que, en las sentencias de 15 de marzo de 2008 (RCA 336/2006) y de 22 de febrero de 2010 (RCA 780/2007), en aplicación del artículo 344 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , equipara o asimila la condición de aquellos Magistrados que hubieren superado las pruebas selectivas en el orden civil y penal con la de los Magistrados especialistas en dichos ordenes jurisdiccionales, a los efectos de proveer las plazas de la Sala Penal del Tribunal Supremo por el turno reservado a los Magistrados especialmente cualificados por haber superado pruebas de promoción o especialización.

Tercero.- En último término, considero que, con el fin de paliar la incertidumbre jurídica producida por el legislador orgánico al regular los sistemas de promoción y de especialización de Jueces y Magistrados, en relación con el sistema de provisión de plazas en los ordenes jurisdiccionales civil y penal, y evitar la lesión de los derechos adquiridos de aquellos Jueces y Magistrados que, amparados en el principio de confianza legítima, han participado en pruebas selectivas de especialización en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, en aras de preservar el principio de igualdad jurídica y el principio de seguridad jurídica, procedía que la sentencia del Pleno de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contuviera un pronunciamiento admonitorio consistente en apelar al legislador orgánico para que complete la regulación mediante la adición de una disposición transitoria a la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, dando cumplimiento material a la reserva de Ley Orgánica, reconozca su capacidad para acceder al Tribunal Supremo por el turno establecido en el artículo 344.a) del referido texto legal .

Firma: José Manuel Bandrés.- Rubricado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:19/07/2013

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D^a María Isabel Perelló Doménech, D. Nicolás Maurandi Guillén, D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, D. José Díaz Delgado, D. José Antonio Montero Fernández, D. Manuel Martín Timón, D. Jesús Ernesto Peces Morate y D. Juan Gonzalo Martínez Micó, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al disentir de la mayoría en la decisión adoptada en la sentencia que resuelve este recurso ordinario número **356/2011**.

Con todo respeto a la posición mayoritaria de la Sala, recogida en la Sentencia que resuelve el recurso, discrepamos de la misma en relación con la impugnación del artículo 24.4 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial , sobre la realización de pruebas para el reconocimiento de la condición de especialista en el orden civil y penal, a la que pueden concurrir miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado.

PRIMERO.- En este voto defendemos que la LOPJ, especialmente tras la reforma efectuada por la LO 19/2003, prevé la especialización de los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado en los órdenes civil y penal y autoriza el desarrollo reglamentario por el Consejo General del Poder Judicial de las pruebas correspondientes.

Es cierto que, como sostiene la sentencia de la que discrepamos, el artículo 311 LOPJ no contempla la especialización de los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrados en el orden civil y penal, pero sin embargo, una interpretación de conjunto o completa de la LOPJ permite sostener que la misma prevé la especialización de jueces y magistrados en dichos órdenes jurisdiccionales, en base especialmente al artículo 344 a) LOPJ que, al tratar de la cobertura de las plazas del Tribunal Supremo reservadas a la Carrera Judicial, indica que corresponden "*dos a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante*

las correspondientes pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal o que las superen ostentando esa categoría o, en función del orden jurisdiccional, dos a magistrados especialistas en el orden jurisdiccional contencioso administrativo y social."

Esa expresión del artículo 344 a) LOPJ , referida a magistrados que superen las pruebas de selección en el orden civil o penal "*ostentando esa categoría*", es prueba evidente de que la LOPJ reconoce que no solo los jueces, sino también los magistrados pueden participar en pruebas selectivas en el orden civil y penal.

La actual redacción del artículo 344 a) LOPJ fue introducida por la reforma de la LOPJ operada por la ley 19/2003, de 23 de diciembre, pues antes de esta reforma, de las plazas del Tribunal Supremo que correspondían a la Carrera Judicial, el artículo 344 a) LOPJ reservaba dos a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal.

Por tanto, la novedad consiste en que antes de la LO 19/2003, las dos plazas a que se refiere el artículo 344 a) LOPJ correspondían a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las pruebas selectivas, pero hoy, tras la reforma de la LO 19/2003, a estos se añaden los magistrados que hubieran superado las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal "*ostentando dicha categoría*".

La interpretación más lógica es entonces que la LOPJ, desde la LO 19/2003, también prevé que miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado concurren y superen las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal.

Abunda en la anterior interpretación el párrafo 2º del artículo 344 a), también introducido por la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la Ley 19/2003, que establece que "*a los efectos de la reserva de plazas en el orden jurisdiccional civil, los magistrados que hubiesen superados las pruebas de especialización en materia mercantil se equiparán a los que hubieran superado las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil.*" Nuevamente el precepto se refiere a magistrados que superen las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil. Esa expresión de "*se equiparán a los que hubieran superado las pruebas de selección*" no puede entenderse gramaticalmente como una referencia a "los jueces que", pues el precepto está hablando de magistrados, y si hubiera querido referirse, no a magistrados que hubieran superado las pruebas de selección, sino a los magistrados que hubieran accedido a esa categoría mediante una prueba selectiva, debería decirlo así, como lo hace el mismo artículo en su párrafo primero, en vez de referirse a los (magistrados) que hubiesen superado las pruebas selectivas.

La conclusión a que conduce admitir, como resulta del sentido propio de los términos del artículo 344 a) LOPJ , párrafos primero y segundo, que los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado pueden participar y superar las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal, es que tales pruebas no pueden contemplarse exclusivamente como pruebas de acceso a la categoría de magistrado, pues carecería de sentido que la LOPJ permita participar y superar tales pruebas a quien ya ostenta dicha categoría, si su contenido estuviera limitado únicamente a posibilitar el acceso a la categoría de magistrado.

En realidad, las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal, a que se refiere el artículo 344 a) LOPJ , en su párrafos primero y segundo, tienen la misma finalidad que las pruebas de especialización en el orden contencioso administrativo, social y mercantil, descritas en los artículos 311.1 y 2 LOPJ , si bien con un contenido más limitado. Unas y otras, si el participante es un miembro de la Carrera Judicial con la categoría de juez, le permiten que mediante su superación promocióne a la categoría de magistrado, y si el participante es un miembro de la Carrera Judicial, indistintamente con la categoría de juez o de magistrado, le reconocen por la superación de las pruebas un sistema de preferencias o de reserva de plazas, más amplio en el caso de las pruebas de especialización en el orden contencioso administrativo y social, y limitado en el caso de las pruebas de selección en el orden civil y penal a la reserva de dos de cada cuatro plazas de magistrado del Tribunal Supremo correspondientes a la Carrera Judicial, en los términos previstos por el propio artículo 344 a) LOPJ , y a la preferencia para determinados destinos del orden penal en la Audiencia Nacional, establecida por el artículo 330 LOPJ .

Más adelante volveremos sobre esta cuestión del contenido de la especialización de los miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado en el orden civil y penal.

SEGUNDO.- Además del artículo 344 a), párrafos 1º y 2º, existen otros preceptos en la LOPJ que prevén, con rotundidad, la especialización de los magistrados, en el orden penal en este caso.

El artículo 330.7 LOPJ , que se refiere a los concursos para la provisión de las plazas de las Salas de la Audiencia Nacional, indica que se resolverán a favor de "*quienes ostenten la correspondiente especialización*".

en el orden respectivo" . Es cierto que la Audiencia Nacional tiene Salas de lo Penal, de lo Contencioso Administrativo y de lo Social, por lo que podría pensarse que el precepto se está refiriendo a las dos últimas Salas, pero no a la Sala de lo Penal, lo que es una interpretación posible, pero contraria al sentido propio de los términos empleados por el precepto, y también al principio interpretativo que aconseja al intérprete no distinguir donde la ley no distingue.

Pero la previsión en la LOPJ de la existencia de magistrados especialistas en el orden penal aparece en otros preceptos, ya sin duda alguna. Así, el artículo 330.7 LOPJ , que se refiere a los concursos de provisión de plazas de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, señala que se resolverán a favor de quienes, con más de 15 años de antigüedad en la carrera, hayan prestado servicios al menos durante diez años en el orden jurisdiccional penal, prefiriéndose entre ellos *"a quienes ostenten la condición de especialista"* .

Este precepto, por tanto, prevé sin otra interpretación alternativa razonable, la existencia de magistrados especialistas en el orden jurisdiccional penal. Puede argumentarse que hoy no existe Sala de Apelaciones en la Audiencia Nacional, pero ello no deja sin efecto la conclusión a que antes hemos llegado, pues si es cierto que no está constituida en la Audiencia Nacional una Sala de Apelaciones, también lo es que esa Sala está prevista en la LOPJ, y que la misma norma legal prevé con toda claridad la preferencia de magistrados especialistas en el orden penal para completar dicha Sala.

La misma conclusión resulta del artículo 333.1 LOPJ que regula la provisión de distintas plazas de Presidentes de Sala en la Audiencia Nacional y en los Tribunales Superiores de Justicia y que, refiriéndose a la Presidencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, indica que se proveerá entre magistrados con 15 años de antigüedad en la carrera, que hayan prestado servicios durante 10 años en el orden jurisdiccional penal, prefiriéndose entre ellos *"a quien ostente la condición de especialista"* .

Así pues, la LOPJ, en los preceptos indicados, prevé con nitidez la existencia de magistrados especialistas en el orden jurisdiccional penal y, por tanto, la especialización en ese orden jurisdiccional.

TERCERO.- La anterior interpretación, que se deduce de la literalidad de los términos empleados por la LOPJ, resulta también la más acorde con el espíritu y finalidad de la propia LOPJ.

La Exposición de Motivos de la LOPJ, en su redacción original de 1985, ya se refería a la importancia de la especialización, que por un lado es necesaria a la vista de la magnitud y complejidad de la legislación de nuestros días y, por otro, conveniente en cuanto introduce elementos en orden a la permanente formación de jueces y magistrados, y es de notar que la Exposición de Motivos no limita la relevancia de la especialización a ningún concreto orden jurisdiccional, siendo sin duda apreciables las circunstancias que la aconsejan, de complejidad de la legislación y de estímulo a la formación, también en los órdenes civil y penal.

Esta preferencia del legislador orgánico por la especialización es una constante que se mantiene en nuestros días, pues la Exposición de Motivos de la LO 19/2003, que dio la redacción vigente a los artículos 330.7 , 333.1 y 344 a) antes citados, indica que el texto legal efectúa *"una decidida apuesta por la profesionalidad de jueces y magistrados...así como la extensión a nuevos supuestos de los principios de mérito, formación y especialización para la adjudicación de los diferentes destinos, superándose así el exclusivo criterio de antigüedad."*

La apuesta por la especialización no está limitada a la Exposición de Motivos de la LOPJ y sus reformas, sino que está incorporada en su texto normativo, en el artículo 326.1 LOPJ , que señala que:

"El ascenso y promoción profesional de los jueces y magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos".

CUARTO.- Si la LOPJ prevé la especialización de los magistrados en el orden jurisdiccional civil y penal, en los preceptos examinados, ha de reconocerse también que el artículo 110.2 LOPJ habilita al Consejo General del Poder Judicial para dictar reglamentos de desarrollo de la ley en las materias que indica, entre las que se encuentra, en la letra a), *"el sistema de ingreso, promoción y especialización en la Carrera Judicial"* a lo que se añade, en la letra e) del mismo precepto, la habilitación para dictar reglamentos sobre *"la forma de obtención de títulos de especialización."*

Es de importancia destacar los límites del desarrollo reglamentario en la materia de que tratamos. El Reglamento no puede, bajo pretexto de regular el sistema de especialización, alterar de cualquier forma la preferencia en la provisión de destinos reglados que determina la LOPJ, lo que constituiría un exceso en la

potestad reglamentaria del CGPJ, pues ni el artículo 110 LOPJ, ni ningún otro precepto, permiten al CGPJ regular por vía reglamentaria el sistema de provisión de plazas, ni establecer preferencias para cubrir las.

En este aspecto, el Reglamento en nada modifica ni altera los sistemas de provisión de plazas y las preferencias establecidas por la LOPJ. La parte recurrente no impugna ningún precepto del Reglamento que introduzca modificaciones o alteraciones en esta materia, y si se examinan las normas reglamentarias sobre la provisión de plazas en Juzgados y Tribunales, comprendidas en los artículos 158 y siguientes del Reglamento, se comprueba que las únicas referencias a la especialización en el orden penal y civil se encuentran en el artículo 169.2 y 3, que prevén una preferencia en los concursos para la provisión de las plazas de las Salas de la Audiencia Nacional, sin especificar orden jurisdiccional, y para la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, en idénticos casos a los previstos por el artículo 330.7 LOPJ.

Con anterioridad hacíamos una referencia al distinto contenido de la especialización en el orden civil y penal, en relación con el contenido de la especialización en el orden contencioso administrativo, social y mercantil.

En efecto, la especialidad en el orden contencioso administrativo, social y mercantil tiene un contenido propio y característico, consistente en un sistema de preferencias y de reserva de plazas en Juzgados y Secciones o Salas de los órganos colegiados de los respectivos órdenes jurisdiccionales, que detalla la sentencia que resuelve este recurso, pero también la especialidad de los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrados en el orden civil y penal tiene un contenido propio en la LOPJ, constituido por las preferencias para cubrir las plazas de magistrado de la Sala de Apelaciones y Presidencia de la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, establecidas en los artículos 330.7 y 333.1 LOPJ y, de forma destacada, por la reserva de dos de cada cuatro plazas de magistrado del Tribunal Supremo correspondientes a la Carrera Judicial, en los términos previstos por el artículo 344 a) LOPJ, que ya hemos examinado.

Ciertamente, el contenido de la especialización de los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado en el orden jurisdiccional civil y penal, a pesar de la relevancia de la reserva de plazas en el Tribunal Supremo determinada por el artículo 344 a) LOPJ, es más limitado que el contenido de la especialización en otros órdenes jurisdiccionales, pero esa diferencia de contenido no constituye, por sí misma, razón suficiente para sostener que la LOPJ no contempla la especialización de que tratamos, pues no existe norma alguna en la LOPJ que imponga un sistema de preferencias, con carácter de mínimo, para el reconocimiento de la especialización en un orden jurisdiccional.

En suma, consideramos que el Reglamento impugnado, al prever la realización de pruebas para el reconocimiento de la condición de especialista en el orden civil y penal, a las que pueden concurrir miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado, no se extralimitó de la habilitación efectuada por el artículo 110.2, letras a) y e) de la LOPJ, por lo que procedía la desestimación del recurso contencioso administrativo en su impugnación del artículo 24.4 del Reglamento.

D. Nicolás Maurandi Guillén D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. José Díaz Delgado D. José Antonio Montero Fernández

D^a María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor

D. Manuel Martín Timón D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:06/09/2013

VOTO PARTICULAR, QUE AL AMPARO DEL ART. 260 DEL LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, FORMULA EL MAGISTRADO DON Luis María Díez Picazo Giménez A LA SENTENCIA DE FECHA 19 DE JULIO DE 2013 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO **356/2011**, AL QUE SE ADHIEREN, D. Segundo Menéndez Pérez, D. Manuel Campos Sánchez Bordona, D^a Celsa Pico Lorenzo, D. Diego Córdoba Castroverde.

Con el máximo respeto formulo el presente voto particular, por entender, frente al parecer mayoritario del Pleno de la Sala, que la impugnación del art. 327.2 del Reglamento de la Carrera Judicial habría debido ser estimada.

El citado precepto reglamentario dispone: "De conformidad con lo dispuesto en el apartado e) del número uno del artículo anterior, el Consejo General del Poder Judicial, previa petición, podrá autorizar a los miembros de la Carrera Judicial para compatibilizar su cargo con el ejercicio de la docencia o investigación jurídica así como con la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla, cuando sea necesario de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas."

Por su parte, el apartado quinto del art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el citado precepto reglamentario está llamado a desarrollar, establece que el cargo de Juez o Magistrado es incompatible: "Con todo empleo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas."

Pues bien, el art. 327.2 del Reglamento de la Carrera Judicial es más restrictivo que el apartado quinto del art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El precepto reglamentario parte del presupuesto de que las actividades contempladas -es decir, la docencia e investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica- pueden ser autorizadas. Pero esto es algo distinto de lo que establece el art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exceptúa dichas actividades del régimen de incompatibilidades y, por consiguiente, las configura como libres. La remisión que el precepto legal hace a la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas en nada afecta a lo que se acaba de señalar, pues una cosa es que la compatibilidad de esas actividades con el cargo de Juez o Magistrado haya de adecuarse a lo previsto para los funcionarios públicos y otra cosa, muy distinta, que se trate de actividades sometidas por principio a previa autorización. Existe, así, una clara extralimitación del precepto reglamentario con respecto a la norma legal que dice desarrollar.

A ello debe añadirse que el art. 327.2 del Reglamento de la Carrera Judicial tampoco casa con la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, a la que el art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hace remisión. A tenor del art. 19 de la Ley 53/1984, "quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades de la presente Ley las actividades siguientes: (...) f) La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios". Obsérvese que, si bien con una redacción menos clara, el art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no dice, en el fondo, algo diferente; y ello porque lo que hace es declarar incompatible con el cargo de Juez o Magistrado "todo empleo, cargo o profesión retribuida", de manera que la docencia e investigación jurídica y la producción y creación literaria, artística, científica y técnica han de ser vistas como excepciones a dicha incompatibilidad, naturalmente siempre que no se desarrollen en el seno de una relación de servicio retribuido. Así las cosas, configurar dichas actividades como susceptibles de autorización resulta también contrario a la letra y el espíritu del art. 19. f) de la Ley 53/1984, donde hoy se encuentra la regulación sustantiva de esta materia.

Para concluir, es de suma importancia no olvidar que la libertad de "producción y creación literaria, artística, científica y técnica" es un derecho fundamental, reconocido por el art. 20.1.b) de la Constitución. Ello significa no sólo que resulta difícilmente justificable someter su ejercicio a una regla general de autorización previa, sino sobre todo que su regulación -especialmente cuando, como ocurre en el presente caso, es de signo restrictivo- no puede hacerse mediante un precepto reglamentario carente de cobertura en ninguna norma con rango de ley.

D. Luis María Díez Picazo Giménez D. Segundo Menéndez Pérez

D. Manuel Campos Sánchez Bordona D. Celsa Pico Lorenzo

D. Diego Córdoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia y votos particulares, por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma D^a. María Isabel Perelló Doménech, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.