

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CONTROL
JURISDICCIONAL DE LOS ORGANOS
CONSTITUCIONALES Y RECURSOS
CONTENCIOSO-ELECTORALES**

2009-2012

Coordinador: D. Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Autora: D^a África Herrera Alonso. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

INDICE

I.- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.....	12
1.- PERSONAL.....	12
1.1.- JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DE LA CARRERA JUDICIAL.....	12
1.1.1.- Ingreso.....	12
1.1.2.-Promoción a Magistrado: Juristas de reconocida competencia.....	13
1.1.2.1.- Cuestiones procedimentales.....	13
1.1.2.1.a) Legitimación.....	13
1.1.2.2.- Requisitos de acceso.....	14
1.1.2.3.- Convocatoria de plazas.....	16
1.1.2.3.a) Acrecimiento.....	16
1.1.2.3.b) .- Necesidad de vacante.....	17
1.1.2.3.c).- Reserva de plazas a Secretarios Judiciales.....	18
1.1.2.4.- Proceso selectivo.....	20
1.1.2.4.1.- Abstención del Tribunal Calificador.....	20
1.1.2.4.2.- Modificación de criterios.....	21
1.1.2.4.3.- Baremo de méritos.....	22
1.1.2.4.3.a).- Cuestiones generales.....	22
1.1.2.4.3.b) Méritos concretos.....	24
1.1.2.4.4.- Dictamen.....	28
1.1.2.4.5.- Entrevista.....	28
1.1.3.- Jubilación.....	30
1.1.3.1.- Por incapacidad.....	30
1.1.3.1.a).- Caducidad del expediente.....	30
1.1.3.1.b) Notas definitivas.....	31
1.1.3.1.c).- Alcance de la potestad del CGPJ.....	34
1.1.3.1.d).- Cumplimiento de la edad de jubilación forzosa.....	35
1.1.4.- Licencias y permisos.....	36

1.1.4.1.- Por enfermedad.....	36
1.1.4.2.- Por matrimonio.....	36
1.1.4.3.- Por asuntos propios.....	38
1.1.4.4.- Por razón de estudios.....	40
1.1.5.- Situaciones administrativas.....	42
1.1.5.1.- Comisión de servicios.....	42
1.1.5.2.- Suspense provisional de funciones.....	43
1.1.6.- Incompatibilidades.....	45
1.1.6.1.- Docencia.....	45
1.1.6.2.- Ejercicio de otra jurisdicción.....	48
1.1.6.3.- Empleos en Juzgados y Tribunales.....	49
1.1.6.4.- Intervención directa en Sociedades Mercantiles.....	50
1.1.6.5.- Ejercicio previo de la Abogacía.....	52
1.1.7.- Retribuciones.....	52
1.1.7.1.- Cuestiones procedimentales.....	52
1.1.7.1.a) Legitimación.....	52
1.1.7.2.- Trienios.....	53
1.1.7.3. Retribuciones variables.....	55
1.1.7.3.a) Plan de actuación para su distribución.....	55
1.1.7.3.b) Consecuencias de la sentencia del Pleno de la Sala Tercera anulatoria del Reglamento 2/2003.....	57
1.1.7.3.c) Deducción del tiempo en que no se pudo ejercer la función jurisdiccional por causas no imputables al Juez o Magistrado.....	58
1.1.7.3.d) Forma de valoración de las resoluciones judiciales.....	61
1.1.7.4.- Retribuciones por guardias.....	61
1.2. JUECES SUSTITUTOS Y MAGISTRADOS SUPLENTES.....	63
1.2.1.- Cuestiones procedimentales.....	63
1.2.1.1.- Legitimación.....	63
1.2.2.- Concursos.....	64

1.2.2.1.- Criterio preferente: desempeño de funciones judiciales con aptitud demostrada.	64
1.2.2.2.- Mayor antigüedad.	65
1.2.3.- Nombramientos.	67
1.2.3.1.-Denegación por falta de aptitud o idoneidad.	67
1.2.3.1.a).- Informes genéricos e indebidamente justificados.	67
1.2.3.1.b).-Suspensión provisional de funciones.	68
1.2.3.1.c).- Relación de parentesco.	68
1.2.4.- Llamamientos.	69
1.2.4.1.- Criterios: turno rotatorio.	69
1.2.4.2.- Limitaciones.	70
1.2.5.- Ceses por falta de idoneidad o aptitud.	71
1.2.5.1.- Falta de competencia de la Comisión Permanente del CGPJ.	71
1.2.5.2.- Naturaleza de la información sumaria: no es un procedimiento sancionador.	73
1.2.6.- Retribuciones.	73
1.2.6.1.- Retribuciones básicas: componente de antigüedad.	73
1.2.6.2.- Retribuciones variables.	76
1.3.- JUECES DE PAZ.	78
1.3.1.- Nombramientos.	78
1.3.2.- No valoración del tiempo de servicios a efectos de trienios.	80
1.4.- RESTO DE PERSONAL AL SERVICIO DEL CGPJ.	81
1.4.1.- Personal funcionario: complemento de adecuación de la antigüedad.	81
1.4.2.- Personal eventual: complemento de antigüedad.	83
1.4.3.- Cese de Redactor y Jefe de Prensa de un TSJ.	85
1.4.4.- Documentalistas al servicio del CGPJ.	85
2.- RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE JUECES Y MAGISTRADOS.	86
2.1.- QUEJAS SOBRE LA ACTUACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS.	86
2.1.1.- Cuestiones procedimentales.	86
2.1.1.1.- Legitimación	86

2.1.1.2.-Actividad administrativa impugnabile.....	89
2.1.1.2.a).- Comunicación de la Jefatura del Servicio de Inspección del CGPJ.....	89
2.1.1.2.b).- Comunicación de la Unidad de Atención Ciudadana del CGPJ.....	89
2.1.1.2.c).- Acuerdo denegatorio de la recusación del Instructor de un expediente disciplinario.....	91
2.1.2 Información previa.....	92
2.1.2.1.- Acuerdos de archivo.....	92
2.1.2.1.a) Formalidades del acuerdo de la Comisión Disciplinaria.....	92
2.1.2.1.b) Archivo de plano.....	93
2.1.2.1.c) Cuestión jurisdiccional.....	94
2.1.2.1.d) Pretensiones relativas a la declaración de la existencia de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.....	94
2.1.2.2.- Trámite de audiencia.....	95
2.1.2.3.- Consecuencias derivadas de su incoación.....	96
2.1.2.4.- Incidencia en el plazo de prescripción de las faltas.....	97
2.1.3.- Casuística.....	98
2.1.3.1) Policía de estrados.....	98
2.1.3.2.- Denegación del beneficio de justicia gratuita.....	100
2.1.3.3.- Inexistencia del deber de abstención.....	101
2.1.3.4.- Denuncia de un Magistrado contra Presidente de un TSJ.....	102
2.2.- PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.....	103
2.2.1.- Cuestiones procedimentales.....	103
2.2.1.1.- Legitimación.....	103
2.2.2.-Ámbito subjetivo.....	104
2.2.2.1.- Falta de competencia sobre infracciones no cometidas por Jueces y Magistrados.....	104
2.2.2.2.- Pérdida de la condición de Juez o Magistrado.....	106
2.2.3.- Inaplicabilidad del artículo 135 de la LEC.....	106
2.2.4.- Caducidad.....	107

2.2.4.1.-Doctrina general.....	107
2.2.4.2.- Plazo de caducidad.....	108
2.2.4.3.- Prolongación del plazo por razones excepcionales.....	108
2.2.4.4.- Incumplimiento de la obligación de dar cuenta.	112
2.3 FALTAS DISCIPLINARIAS.	112
2.3.1.- Conductas típicas comunes a tipos disciplinarios de distinta entidad.....	112
2.3.1.1.- Ausencia o abandono de destino.....	112
2.3.1.2.- Falta de respeto.	113
2.3.1.3.- Retraso injustificado.	114
2.3.1.3.a) Prescripción en los casos de retraso en el dictado de sentencias.....	114
2.3.1.3.b) Doctrina general.....	114
2.3.1.3.c) Retraso en la tramitación de asuntos y en el dictado de sentencias.....	116
2.3.2.- Faltas muy graves.	117
2.3.2.1.- Artículo 417.9 LOPJ: Desatención o retraso injustificado.....	117
2.3.2.1.a) Modalidades de comportamiento típico.	117
2.3.2.1.b) Retraso.	118
2.3.2.1.c) Desatención.....	118
2.3.2.1.d) Casuística.	120
2.3.2.2.-Artículo 417.13 LOPJ: abuso de la condición de Juez.....	121
2.3.2.3.- Artículo 417.14 LOPJ: ignorancia inexcusable.	122
2.3.2.4.- Artículo 417.15 LOPJ: absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales.....	122
2.3.2.4.a) Prescripción.....	122
2.3.2.4.b) Doctrina jurisprudencial.....	123
2.3.3.- Faltas graves.	124
2.3.3.1.- Artículo 418.5 LOPJ: abuso de autoridad.	124
2.3.3.2.- Artículo 418.6 LOPJ: utilización de expresiones innecesarias o improcedentes.124	
2.3.3.3.- Artículo 418.11 LOPJ: retraso injustificado.	126

2.3.3.4.- Artículo 418.12 LOPJ: incumplimiento o desatención reiterada a requerimientos.	130
2.3.3.5.- Artículo 418.16 LOPJ: adoptar decisiones que generen ficticios incrementos del volumen de trabajo.	131
2.3.4.- Faltas leves.	131
2.3.4.1.- Artículo 419.2 LOPJ: desatención o desconsideración con iguales o inferiores.	131
2.4.- SANCIONES.	133
2.4.1.- Cuestiones generales.	133
2.4.1.1.- Elevación de sanción con omisión del trámite de audiencia.	133
2.4.1.2.- Acuerdo sancionador en casos en que el instructor propone el archivo.	133
2.4.2.- Sanción de multa: contradicción en las cuantías a imponer.	134
2.4.3.- Resarcimiento de daños por anulación de sanciones.	135
3.- PROVISIÓN DE DESTINOS DE LA CARRERA JUDICIAL.	138
3.1.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES.	138
3.1.1.- Legitimación.	138
3.2.- NOMBRAMIENTOS REGLADOS.	140
3.2.1.- Juzgados.	140
3.2.1.1.- Asignación de plaza en órganos de jurisdicción mixta.	140
3.2.1.2.- Asignación de plaza en Juzgado Contencioso-administrativo.	140
3.2.1.3.- Asignación de plaza en Juzgado de lo Mercantil.	149
3.2.2.- Audiencias Provinciales.	151
3.2.2.1.- Carácter funcional y no orgánico de las Secciones.	151
3.2.3.- Tribunales Superiores de Justicia.	152
3.2.3.1.- Proporción de las plazas reservadas a Magistrados especialistas.	152
3.2.3.2.- Presidencia de Secciones.	153
3.3.1.- Motivación.	154
3.3.1.1.- En general.	154
3.3.1.2.- Diferenciación entre nombramientos para cargos directivos y los que implican acceso al Tribunal Supremo.	157

3.3.1.3.- Contenido del informe de la Comisión de Calificación.....	158
3.3.1.4.- Alcance del control de la motivación.....	160
3.3.2.- Procedimiento.....	161
3.2.3.- Otras cuestiones.....	162
3.3.3.1.- Pertenencia a Asociación.....	162
3.3.4.- Magistrados del Tribunal Supremo.....	162
3.3.4.1.- Turno general o turno de especialistas.....	162
3.3.4.2.- Acceso por el quinto turno de Magistrado en situación de excedencia.....	165
3.3.4.3.- Magistrados eméritos: derecho a formar parte de los Plenos Jurisdiccionales. ..	168
3.3.5.- Presidencias de Sala.....	170
3.3.5.1.- Inexistencia de preferencia de los Magistrados especialistas para ocupar Presidencia de Sala de la Audiencia Nacional.....	170
3.3.5.2.- Inexistencia del derecho a ser reelegido Presidente de Sala.....	171
3.4.- CUESTIONES DIVERSAS.....	172
3.4.1.- Adscripción atípica a Audiencia Provincial.....	172
3.4.2.- Aplazamiento de la efectividad de provisión de una plaza.....	173
3.4.3.- Cómputo del plazo de ocho años previsto en el artículo 330.2 LOPJ.....	174
3.4.4.- Consolidación de la especialidad en mercantil.....	175
4.- OTRAS DISPOSICIONES Y ACUERDOS.....	177
4.1.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES.....	177
4.1.1.- Legitimación.....	177
4.1.1.1.- Colegios profesionales.....	177
4.2.- REGLAMENTOS DEL CGPJ.....	178
4.2.1.- Regulación de la provisión de plazas de nombramientos discrecionales en los órganos judiciales.....	178
4.2.1.1.- Conformidad con la doctrina jurisprudencial.....	178
4.2.1.2.- Tratamiento de la cuestión de género: falta de previsión de cuotas.....	179
4.2.2.- Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.....	181

4.2.3.- Criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales.	182
4.2.4.- Indemnización en concepto de asistencia por participación en tribunales de oposiciones.	186
4.2.5.- Honores, tratamiento y protocolo de los actos judiciales.	188
4.2.6.- Reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.	189
4.3.- ACUERDOS GUBERNATIVOS.	195
4.3.1.- Control de legalidad.	195
4.3.2.- Competencias del Juez Decano.	196
4.3.2.1.- Seguimiento periódico de acuerdos alcanzados por las Juntas Generales.	196
4.3.2.2.- Utilización de aparcamientos.	197
4.3.2.3.- Restricción de paso a determinadas instalaciones del edificio judicial.	199
4.3.3.- Acuerdos concretos.	201
4.3.3.1.- Reparto doble a Juzgado.	201
4.3.3.2.- Prórroga de reparto doble a Juzgado de nueva creación.	203
4.3.3.3.- Criterios de sustitución entre Magistrados de Secciones desplazadas.	204
4.3.3.4.- Participación y derecho al voto en Juntas Generales de Jueces.	205
4.3.3.5.- Desplazamientos de Juzgados fuera de su sede.	206
4.3.3.6.- Liberación de ponencias a Magistrado.	206
4.3.3.7.- Exhibición del libro de sentencias.	208
4.4.- ACUERDOS JURISDICCIONALES.	209
4.4.1.- Elevación al Pleno de la Sala del conocimiento de un asunto.	209
4.4.2.- Composición de una Sección para el conocimiento de un asunto concreto.	211
4.4.3.- Remisión de un Juzgado a otro del conocimiento de un asunto.	213
4.5.- CASUÍSTICA.	214
4.5.1.- Elección de concretas plazas para su cobertura por aspirantes que superen pruebas para la especialización.	214
4.5.2.- Exclusión de guardias a Juzgado dedicado a ejecuciones penales.	214
4.5.3.- Remisión de las listas profesionales para la designación judicial de peritos.	215

4.5.4.- Constitución de Juzgado.	217
4.5.5.- Objeción de conciencia de Juez.	218
II.- CORTES GENERALES.	221
1.- PERSONAL.	221
1.1.- Jornada de trabajo de los ujieres del servicio nocturno.....	221
1.2.-Aprobación de la Plantilla orgánica de la Secretaría general.....	223
1.3.- Retribuciones.	224
1.3.1.- Indemnizaciones por cese de actividad parlamentaria.	224
1.3.2.- Reducción de retribuciones con motivo del RDL 8/2010.....	225
III.- TRIBUNAL DE CUENTAS.....	226
1.- PERSONAL.....	226
1.1.- Plantillas.....	226
1.1.1.- Inactividad del Tribunal de Cuentas.	226
1.1.2.- Límites previstos para funcionarios de los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social.	228
1.2.- Proceso selectivo.....	230
1.2.1.-Impugnación indirecta de las bases de una convocatoria.....	230
1.2.2.- Falta de motivación de la puntuación conferida por el tribunal calificador.....	231
1.3.- Retribuciones.	232
1.3.1.- Reducción de retribuciones con motivo del RDL 8/2010.....	232
V.- JUNTA ELECTORAL CENTRAL Y RECURSOS CONTENCIOSO - ELECTORALES.	233
1.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES.....	233
1.1.- Legitimación.	233
1.2.- Competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.....	234
1.3.- Actividad administrativa impugnabile.	236
1.3.1.- Acuerdo resolviendo consulta formulada por una Junta Electoral provincial.	236
1.3.2.- Real Decreto de disolución de Cortes y convocatoria de elecciones generales.....	237
2.- INSTRUCCIONES.....	239

2.1.- Sobre interpretación del artículo 205 LOREG.....	239
2.2.- Sobre interpretación del artículo 66 LOREG.....	240
2.3.- En aplicación del artículo 169.3 LOREG.	244
3.- OTROS ACUERDOS.....	245
3.1.- Cobertura informativa en elecciones generales.	245
3.2.- Sanción por campaña institucional en período electoral.....	246
3.3.- Utilización de siglas de otro partido político.	248
3.4.-Sustitución de concejales.	249
3.5.- Renuncia de concejales.....	251

I.- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

1.- PERSONAL.

1.1.- JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DE LA CARRERA JUDICIAL.

1.1.1.- Ingreso.

Proceso selectivo de ingreso en las carreras judicial y fiscal. Criterio de decisión del empate producido en la puntuación final que determina el orden de la lista definitiva de aspirantes. Necesidad de acudir, cuando sea posible, a un criterio fundado en los principios constitucionales de mérito y capacidad. El factor edad es un elemento ajeno a tales principios. Se debe acudir a la nota obtenida en el primer ejercicio (cuestionario test). STS de 17 de marzo de 2009 (RC 75/2006).

“(…) La cuestión a decidir en el actual litigio, como resulta de lo que ha sido expuesto, es determinar cuál debe ser el criterio más acertado para decidir el empate que se produjo entre la recurrente doña Sira y el codemandado don David por haber obtenido las mismas puntuaciones en los ejercicios segundo y tercero del proceso selectivo que es aquí objeto de controversia.

Tiene razón la parte demandante en que debe acudir al resultado del primer ejercicio, por ser la solución más coherente con los principios de mérito y capacidad proclamados con carácter general para el acceso a la función pública en el artículo 103.3 CE y, de manera especial, en lo que se refiere al acceso en la carrera judicial, en el artículo 301.1 del la LOPJ.

La edad es un elemento totalmente ajeno a esos principios que acaban de mencionarse, asumidos como esenciales en nuestro ordenamiento jurídico para decidir la selección de cualquier empleado público (junto a los preceptos antes citados, merecen ser aquí también mencionados el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y el artículo 55.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), y, por ello, solamente estará justificado utilizarla como criterio de selección u ordenación cuando sea absolutamente imposible acudir a los principios de mérito y capacidad.

Y es claro que el primer ejercicio de la convocatoria de cuestionario test, por ser un mecanismo de constatación de conocimientos y capacidades sobre materias cuyo dominio se considera necesario para el acceso a las carreras judicial y fiscal, y por terminar con un resultado en que los aspirantes obtienen una puntuación variable entre 0 y 100 (según la convocatoria), es un elemento que sí permite ordenar a los aspirantes según esas obligadas pautas de mérito y capacidad.

Consiguientemente, debe sentarse como primera conclusión que, por haberse seguido un criterio carente de suficiente justificación racional en el caso aquí enjuiciado, fue vulnerado el derecho de la recurrente a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos que le reconoce el artículo 23.2 de la Constitución.

CUARTO.- *Lo que acaba de exponerse debe ser completado con estas otras dos puntualizaciones que siguen.*

La primera es que esa solución de acudir al resultado del primer ejercicio para decidir el empate no significa ignorar o inaplicar la base I, apartado 15, de la convocatoria sino interpretarla, como resulta obligado, en el sentido más favorable a la mayor efectividad de esos principios constitucionales de mérito y capacidad que se vienen reiterando; y esa interpretación consiste en circunscribir el caso de empate, previsto en dicha base para que opere la regla de la edad, únicamente a aquella situación en que el proceso selectivo, por sí solo, no ofrece elementos para ordenar a los aspirantes según el resultado obtenido en sus diversos ejercicios.

La segunda es que esa misma solución no equivale tampoco a dejar sin efecto la norma de la convocatoria que dispone que la puntuación global determinante de la lista de opositores aprobados debe obtenerse teniendo en cuenta exclusivamente la suma de las calificaciones obtenidas en los ejercicios segundo y tercero (base I, apartados 12 y 13).

Esa forma de obtener la puntuación global debe mantenerse porque la lectura conjunta de la convocatoria pone de manifiesto estas dos notas principales en la configuración del proceso selectivo: que el primer ejercicio (contestación de un cuestionario-test) es tan sólo una vía para poder acceder a los ejercicios segundo y tercero; y que son estos dos últimos ejercicios los que se erigen en los elementos básicos del proceso selectivo, en lo que se refiere tanto a la determinación de su superación definitiva como a la ordenación de los aspirantes que hayan logrado esa superación.

Pero una cosa es aplicar esa regla general de la convocatoria que acaba de recordarse cuando por sí sola permite la ordenación de los aspirantes que finalmente han resultado seleccionados, y otra muy distinta es determinar cuándo deberá ser apreciado que se ha producido una situación de empate que hace inevitable acudir al factor de la edad” (FD 3°).

1.1.2.-Promoción a Magistrado: Juristas de reconocida competencia.

1.1.2.1.- Cuestiones procedimentales.

1.1.2.1.a) Legitimación

Nombramiento de aspirantes que habían superado el proceso selectivo para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado, entre juristas de reconocida competencia. Recurso de alzada promovido por Asociación judicial. Falta de legitimación. STS de 26 de enero de 2012 (RC 545/2010).

“(…) Pues bien, desde estas consideraciones, se observa que la Asociación recurrente, además de la cita de la indicada sentencia del Tribunal Constitucional que contempla un caso específico distinto al presente, se limita a invocar la genérica defensa de los intereses profesionales, entendiéndolo que el acto impugnado incide en determinados requisitos y condiciones pero no identifica de manera alguna en que consiste tal incidencia y menos aún su relación con el concreto contenido del acto impugnado, cuestión que resulta determinante para poder examinar la concurrencia de ese vínculo

especial entre los fines de la Asociación y el objeto del proceso, máxime cuando no concurre ningún miembro de dicha Asociación afectado por el proceso selectivo y se trata de la regulación de un sistema de acceso entre juristas de reconocida competencia, no pertenecientes con anterioridad a la carrera judicial, sin que sea objeto de tal actividad la decisión sobre la convocatoria contenida en el Acuerdo del Pleno de 25 de junio de 2008, su procedencia y efectos, que responden a una actuación anterior, que no es objeto del proceso y que no consta haya sido impugnada por la Asociación recurrente, ni tampoco el Acuerdo de la Comisión Permanente de 22 de diciembre de 2009 (BOE de 5 de enero de 2010) que dispuso la publicación de la relación de aprobados en la primera fase del proceso selectivo y que ganó firmeza.

DECIMO.- En razón de todo ello ha de concluirse que la Asociación recurrente no justifica la existencia de un vínculo específico entre el objeto del proceso y los fines y objetivos en cuya defensa está interesado, pues una cosa es que la Asociación constituida para la defensa de cualesquiera intereses o para el logro de cualesquiera finalidades resulte legitimada plenamente para impugnar actos administrativos, cuando esos intereses resulten afectados o, a juicio del propio ente, deban ser defendidos, tal y como se infiere, con toda claridad, del art. 19.1.aps. a) y b) de la Ley de esta Jurisdicción y otra bien diferente es que tal legitimación se reconozca indiferenciadamente sobre la base de perseguir fines genéricos respecto de la actuación de los poderes públicos, cuando, en este caso, el Acuerdo impugnado sólo incidía directamente en los participantes de una convocatoria, cuyo interés profesional sí estaba afectado y que se han personado adecuadamente en el proceso, sustentando la defensa de su propio interés legítimo, ausente en la Asociación recurrente” (FD 9º y 10º).

1.1.2.2.- Requisitos de acceso.

Cómputo de años de ejercicio de profesión jurídica especializada. Procede el cómputo de los años en los que el aspirante fue becario de una beca de formación de profesorado universitario. STS de 10 de marzo de 2012 (RC 263/2011).

“(…) la cuestión que se somete a nuestra consideración se centra en determinar si es correcta la exclusión que, a efectos del cómputo del requisito de ejercicio profesional durante el plazo de diez años, llevó a cabo el Consejo General del Poder Judicial del período de tiempo en que el recurrente disfrutó de una beca de formación de profesorado universitario adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y que abarcó desde el 1 de enero de 2000 a 31 de diciembre de 2003.

Pues bien, no cabe confirmar el criterio mantenido por el Consejo General del Poder Judicial, rechazando que la actividad desarrollada por el recurrente durante dicho período temporal, y más en concreto su actividad docente, pueda conceptuarse como ejercicio de la profesión docente universitaria en régimen de equiparación o equivalencia con la de los profesores ayudantes, tal y como este pretende.

La Sala comparte desde luego las razones que en el acuerdo se dan acerca de la finalidad de integrar a través de la vía del cuarto turno a juristas profesionales que hayan destacado en el ejercicio del derecho y que vengan a enriquecer así la

Carrera Judicial. Pero estas consideraciones no tienen sin embargo un reflejo exacto en la regulación de las exigencias normativas para dicho acceso.

Así, como recuerda el recurrente, la base “E.4” de la convocatoria establece que “El tiempo de ejercicio profesional se computará para los Abogados en ejercicio, desde la fecha de la primera alta como ejercientes en cualquier Colegio, certificada por el Consejo General de la Abogacía.” Esto es, se atiende a un hecho objetivo que no acredita que quien se colegia reúna más requisito como jurista que el título universitario de licenciado en derecho, y sin que pueda presumirse que en dicho requisito de admisión sea exigible la excelencia que supone el prestigio exigible como jurista a quien pretende acceder a la Carrera Judicial por esta vía. Es lógico pensar que durante los primeros años al menos, quienes acceden al ejercicio de la Abogacía se van igualmente formando en dicha profesión paulatinamente.

En consecuencia, ha de distinguirse entre lo que son los requisitos de acceso al concurso de méritos que se concretan en diez años de experiencia en una profesión jurídica, y los méritos a computar en el concurso. Y la prueba de ello es que para los funcionarios la base citada dispone que “el plazo de diez años se computará desde su nombramiento como funcionarios en prácticas o desde la toma de posesión de su primer destino, certificada por el organismo del que dependa el Cuerpo o Escala”. Es decir, se les computa incluso el tiempo de prácticas, fase que no supone aún la condición de funcionario de carrera en aquellos supuestos en que dicho periodo forma parte del propio periodo selectivo, y en el que ha de presumirse igualmente que se carece de la experiencia imprescindible para considerar que en dicho momento estábamos ante un jurista de reconocido prestigio.

Por ello, aún reconociendo la brillantez de los argumentos utilizados por el acuerdo recurrido, en cuanto se remite al carácter eminentemente formativo del periodo en que se disfruta de una beca de formación universitaria, y a que quizá fuera necesaria una mejor concreción de los periodos a computar en vía normativa, en aras de conseguir la excelencia necesaria de los candidatos, lo cierto es que de una interpretación literal y sistemática de la base de la convocatoria y de las exigencias normativas que la regulan puede sostenerse la tesis que propugna la recurrente, pues si a quien acredita una formación docente, se le hubiere de restar la fase de su formación, en la que además como en el caso presente, existió una actividad docente, se estaría aumentando el periodo de diez años que exige dicha base.

El recurrente acredita a los folios 12 y siguientes del expediente administrativo que durante el disfrute de su beca de formación ha impartido actividad docente dando clases prácticas, y por otra parte, se desprende de la literalidad de las normas específicas recogidas en la resolución de 2 de septiembre de 1999 (base 4.7), por la que se convocaba la beca que le fue concedida y que constituía el régimen jurídico que le era de aplicación, que contemplaba la posibilidad de que los becarios que se encontraran en su tercer y cuarto año de disfrute de la beca pudieran ser autorizados por la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica a prestar colaboraciones en tareas docentes de un departamento universitario, previa conformidad del Director de Investigación, y aunque puntualizaba que tales colaboraciones lo eran “con fines formativos”, se

precisaba que tales se deberían documentar debidamente a efectos de concursos” (FD 5°).

1.1.2.3.- Convocatoria de plazas.

1.1.2.3.a) Acrecimiento.

Acrescimiento de plazas sobrantes en una de las especialidades. Conformidad a derecho de la propuesta del Tribunal Calificador que, respetando el número total de plazas convocadas, siguió para el acrescimiento el orden de puntuación de los aspirantes sin plaza. Improcedencia de aplicar para la distribución de plazas sobrantes las reglas fijadas para el ordenamiento escalafonal de los aprobados. STS de 2 de diciembre de 2011 (RC 300/2011).

“(…) debemos destacar que la resolución recurrida se ajusta estrictamente a la propuesta del Tribunal Calificador, conforme a la cual, y como se indica en ella, la Comisión no podía hacer sino lo que hizo. En realidad toda la crítica del demandante tiene que ver, más que con la fundamentación de la resolución que impugna, con la propuesta del Tribunal calificador; lo que bastaría para la desestimación del recurso. Pero en todo caso dicha crítica no es compartible.

Late en ella una interpretación del apartado 2 de la convocatoria (reproducida en el fundamento anterior) desde la que se distorsiona el sentido de lo que con base en dicho apartado puede hacer el Tribunal Calificador. Se prescinde en esa interpretación del significado que en dicho apartado le corresponde a la precisión de su último inciso (“...las plazas sobrantes podrán acrecer a las de las otras especialidades en las condiciones y con los requisitos expuestos en las Bases de esta convocatoria”). Y a partir de ahí, y como si las bases recogidas en el apartado 3 de la Convocatoria no fuesen suficientemente precisas, acude como pauta para el ejercicio de la facultad del Tribunal al apartado G.3.10 de las bases, que regula lo que debe hacer la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial para el ordenamiento escalafonal de los aprobados, pretendiendo que el Tribunal de Calificación realice su propuesta, ateniéndose al criterio establecido en esa base, que ni se refiere como sujeto destinatario al Tribunal Calificador, ni como actividad a realizar a la elevación de la propuesta de aprobados a la Comisión Permanente.

En ese planteamiento no se tiene en cuenta lo establecido en la Base Primera F. 12, que remite al art. 52 el Reglamento 1/1995, de 7 de junio de la Carrera Judicial, precepto que, a su vez, remite al art. 43 del propio Reglamento, con arreglo a lo que resulta indiscutible que la propuesta de aprobados que ha de hacer el Tribunal Calificador deberá hacerse “por orden de puntuación”, que es lo que ha hecho en el caso actual el Tribunal.

La aceptación hipotética de la tesis del demandante respecto a cómo debe operar el acrescimiento de las plazas sobrantes en uno de los subprocesos en favor de otro de los subprocesos, no tendría cobertura en el apartado segundo de la convocatoria, pues no se atendería a la exigencia contenida en él, antes destacada, de que ese acrescimiento se realice “en condiciones y en los requisitos expuestos en las Bases de esta convocatoria.

En efecto, si se parte de lo dispuesto en la Base Primera F. 12 (transcrita antes), y de lo dispuesto en el art. 52 referido a ella; (rector por razón de fecha del proceso selectivo cuestionado ("El Tribunal elevará al Consejo General del Poder Judicial la lista de aprobados, ateniéndose a lo preceptuado en el artículo 43 del presente Reglamento") y en el art. 43, al que aquel se remite ("El acta del Tribunal con la relación de aspirantes que hayan superado la fase de concurso, por orden de puntuación, será remitida al Consejo General del Poder Judicial, para su aprobación, si procede. Igualmente se remitirá al Consejo General del Poder Judicial el acuerdo motivado del Tribunal sobre exclusión de candidatos a que se refiere el apartado anterior, para su notificación al interesado") resulta inequívoco el criterio que debía seguir el Tribunal Calificador en su propuesta con arreglo a las bases, que es el aplicado en el caso.

Por el contrario, el que el recurrente pretende no se ajusta a la exigencia de la Base Primera F. 12 en relación con el Art. 52 y 43.4 del Reglamento de la Carrera Judicial aplicable al caso, ni por tanto puede pretender su cobertura en el apartado 2 de la convocatoria.

En la administración de la facultad de acrecer regulada en ese apartado, el Tribunal, que, con arreglo a la Base G.3.9 (antes transcrita), debía respetar "el límite de las plazas de la convocatoria", y que con arreglo a la Base Primera F. 12 debía hacer su propuesta por orden de puntuación, hizo lo que únicamente podía hacer, sin sombra alguna de legalidad, y a su vez la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que, como se dijo, estaba vinculada a la propuesta del Tribunal, hizo también con inaplicable legalidad lo único que podía hacer" (FD 5º).

1.1.2.3.b) .- Necesidad de vacante.

La existencia de vacantes es necesaria tanto para el acceso a Magistrado por escalafón, como por el denominado cuarto turno. Ilegalidad de la aplicación analógica del artículo 308 LOPJ y de la adscripción anterior a la existencia de vacante. STS de 14 de abril de 2009 (RC 68/2006).

"(...) En cuanto al fondo del asunto, la cuestión se reduce a interpretar si debe aplicarse, como sostiene la actora, por analogía, lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que :

"Sin perjuicio de lo establecido en el art. 301.4, aquellos aspirantes aprobados que no pudieran ser nombrados jueces titulares de órganos judiciales ingresarán en la Carrera Judicial en calidad de jueces adjuntos, tomando posesión ante el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, al que quedarán adscritos a los efectos previstos en los arts. 212.2, 216, 216 bis 1, 216 bis 2, 216 bis 3 y 216 bis 4.

Los jueces adjuntos tendrán preferencia sobre los jueces sustitutos en cualquier llamamiento para el ejercicio de las funciones a las que se refieren los artículos indicados en el párrafo anterior y cesarán en su cometido en el momento en el que sean nombrados jueces titulares y destinados a las vacantes que se vayan produciendo, según el orden numérico que ocupen en la lista de aspirantes aprobados".

Pues bien, no podemos sino confirmar el acuerdo ahora impugnado. En primer lugar, porque es evidente que este precepto ha sido reformado por el artículo uno de la LO 19/2003 de 23 diciembre 2003 el 15/1/2004, que en el punto IV de su

Exposición de Motivos sostiene que :”En el punto quinto del Pacto de Estado se hace hincapié en que la cobertura de todas las plazas que resulten necesarias y a tenor de un calendario realista para la ampliación progresiva de la planta, deberá hacerse con jueces profesionales que ejerzan sus funciones bajo los principios de independencia, imparcialidad, profesionalidad y responsabilidad, procediendo a la reducción de las figuras excepcionales de sustitutos y suplentes. A tal fin se da una nueva regulación de las sustituciones entre jueces, primando la que se produce entre jueces titulares y acudiendo sólo cuando concurren circunstancias excepcionales a la sustitución por jueces no profesionales”. Es decir, su finalidad no es sino evitar la ausencia de jueces profesionales para cubrir las vacantes que puedan producirse en la carrera judicial. Y ello no puede producirse en el caso del acceso a Magistrado, pues allí no existe esa necesidad, ya que las plazas de Magistrado se cubren precisamente por Jueces, reservando de cada cuatro plazas vacantes, una para ser cubierta por Juristas de reconocida competencia y prestigio.

Precisamente, por no existir esa necesidad, el legislador no ha establecido una regla similar modificando el artículo 113 que prevé el ingreso por el llamado cuarto turno y que en su apartado 4 dispone que: “El Consejo General del Poder Judicial podrá realizar por especialidades todas o algunas de las convocatorias de concurso para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado de juristas de reconocida competencia, limitando aquéllas a la valoración de méritos relativos a la materia correspondiente y reservando al efecto plazas de características adecuadas dentro de la proporción general establecida en el apartado 1”.

Esto es, una de cada cuatro vacantes, de donde se deduce que la existencia de vacantes es necesaria, tanto para el acceso a Magistrado por escalafón, como por el denominado cuarto turno. Sostener lo contrario, esto es la posibilidad de establecer convocatorias de plazas por este cuarto turno, aun no existiendo vacantes correspondientes a dicha proporción, pero siendo adscritos a órganos judiciales, antes de la existencia de la cuarta vacante correspondiente, supondría alterar la proporción de miembros de la carrera judicial correspondiente a dicho turno según la legislación vigente”(FD 5º).

1.1.2.3.c).- Reserva de plazas a Secretarios Judiciales.

Improcedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 311.1, cuarto párrafo, de la LOPJ. No es irrazonable la reserva atendido el nivel de preparación y formación de los miembros integrantes de dicho Cuerpo. STS de 4 de junio de 2012 (RC 751/2011).

“(…) Las razones que ofrece el recurrente para sostener la primera pretensión no llevan a la Sala a dudar de la constitucionalidad del artículo 311.1, párrafo cuarto, no quinto, último inciso de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En realidad, el Sr. García Javaloy no discute el establecimiento de un cauce específico para que los secretarios judiciales accedan a la judicatura, sino solamente el que se ha previsto en concreto por el mencionado precepto. Es decir, no considera un privilegio que se establezca una vía específica para el acceso de los secretarios judiciales a la Carrera Judicial. Este planteamiento priva de fuerza persuasiva a su argumentación y la reduce a la exigencia de que tal acceso se produzca sin entrar en competición con los juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio. El privilegio quedaría, pues, reducido a este punto.

Ciertamente, el artículo 311.1, párrafo cuarto, último inciso de la Ley Orgánica del Poder Judicial --cuya redacción vigente procede de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial-- no impone el modo concreto en que ha de aplicarse la reserva de una tercera parte de las plazas correspondientes al llamado cuarto turno que establece a favor de los miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales de primera y segunda categoría. Por esa razón, tampoco cabe hacerle un particular reproche al respecto. Tampoco el Reglamento de la Carrera Judicial ofrece reglas específicas y las bases, no impugnadas, después de señalar cómo se distribuyen las sesenta plazas convocadas entre los tres subgrupos antes mencionados y que las no cubiertas en cada uno de ellos pueden acrecer a los otros, dice:

"De las plazas expresadas veinte se reservarán a miembros del Cuerpo de Secretarios y Secretarías Judiciales de primera o segunda categoría, acreciendo a las del resto de juristas en el caso de no ser cubiertas, de conformidad con lo establecido en el artículo 311.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Teniendo en cuenta el nivel de preparación que se exige para acceder al indicado Cuerpo y, en particular, a las señaladas categorías del mismo, así como la circunstancia de que se trata de una formación centrada específicamente en la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia y en el desenvolvimiento del proceso, no parece irrazonable la previsión de una reserva en su favor en el seno del cuarto turno, condicionada, no obstante, a que superen el mismo proceso selectivo previsto para los juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional. Además, se trata de una reserva de una tercera parte de las plazas convocadas por este cauce, lo cual no puede considerarse desproporcionado pues no cierra el paso a quienes no sean secretarios judiciales: quedan las dos terceras partes de las plazas y aquellas objeto de la reserva a favor de los secretarios que no se cubran. En fin, la queja consistente en el posible agravio respecto de otros cuerpos no a puede esgrimir quien, como el recurrente, no pertenece a ninguno" (FD 4º).

La reserva no implica el establecimiento de dos sistemas de acceso con mínimos de puntuación diferentes entre los grupos de Secretarios y del resto de juristas. STS de 12 de julio de 2011 (RC 766/2009).

"(...) la reserva de plazas no supone que dentro del turno de juristas de reconocida competencia deban establecerse dos sistemas distintos de acceso, dos mecanismos diferentes para los que concurren para las plazas reservadas y para el resto de los juristas.

Ni la letra ni el sentido de la norma comportan esa exigencia.

Por el contrario ésta se cumple, si, superado un mínimo común, las plazas reservadas a los miembros del Cuerpo de Secretarios se les asigna a ellos, y no a otros juristas, aunque estos últimos puedan haber superado en su puntuación a los Secretarios. Al propio tiempo, si el número de Secretarios que haya superado la puntuación mínima exigida excede del de plazas a ellos reservadas, será en relación con esas plazas como se tendrá que dilucidar ya exclusivamente entre los Secretarios aprobados quienes de ellos, según su respectiva puntuación, deban ser los beneficiarios de las plazas reservadas.

El planteamiento del recurrente supone llevar el beneficio legal de la reserva, incuestionable, a límites superiores a los que la ley exige, y no resulta fácilmente conciliable con las exigencias del Art. 23.2 CE. Es, en efecto, difícilmente sostenible que, a la vez que se acepta por el recurrente en su demanda la vigencia del principio de igualdad en su aplicación al caso, se pretende que deban establecerse, dentro del mismo turno regulado en la ley para el acceso de juristas a la Magistratura, dos distintos sistemas de acceso, a operar cada uno sobre la base de condiciones distintas”(FD 5º).

En similares términos, la STS de 12 de abril de 2012 (RC 514/2010).

1.1.2.4.- Proceso selectivo.

1.1.2.4.1.- Abstención del Tribunal Calificador.

No se incumple el deber de abstención por los miembros del Tribunal Calificador. La mera subordinación funcional existente entre los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo y Magistrados con los Letrados de su Gabinete no integra la relación de servicio que se exige como motivo de abstención en el apartado c) del artículo 28.1 de la Ley 30/1992. Inexistencia de amistad íntima. STS de 12 de diciembre de 2012 (RC 204/2010).

“(…) La impugnación referida al deber abstención de los miembros del Tribunal Calificador es infundada , pues los hechos que esgrime la demanda no son subsumibles en el motivo de abstención que define el apartado c) del artículo 28.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC].

La "relación de servicio" que en dicho apartado es mencionada como motivo de abstención está referida a la relación entre empleador y empleado propia del vínculo de dependencia del contrato de trabajo, y no a la simple subordinación funcional que pueda haberse dado entre dos personas que, siendo ambas empleados públicos de la Administración o de cualquier ente público, realizan cometidos profesionales diferentes. Esto último es lo que ocurre entre los Letrados del Gabinete de este Tribunal Supremo y los Presidentes de sus Salas y sus Magistrados, que todos ellos prestan servicios profesionales en el mismo establecimiento público, haciéndolo con cometidos diferenciados, pero sin que exista entre ellos el superior vínculo de dependencia jerárquica que configura la relación empleador/empleado, pues unos y otros son empleados públicos al servicio del Estado, que es el empleador de todos ellos y para el que prestan sus servicios.

Otra cosa sería que existiera entre esas personas la "amistad íntima" que encarna el distinto motivo de abstención c) de ese mismo artículo 28.1 de la Ley 30/1992. Pero debe decirse que amistad "íntima" no es la simple relación de conocimiento personal que se deriva de la coincidencia como compañeros en el mismo centro de trabajo, pues lo que la caracteriza es un vínculo personal que se mantenga más allá del lugar de trabajo; esto es, el vínculo que se deriva de un trato frecuente o cotidiano al margen de la profesión que, por ello, demuestre esa superior proximidad afectiva que resulta necesaria para que se pueda hablar de "amistad íntima". Y ha de añadirse, finalmente, que la demanda, respecto de las personas sobre las que sostiene el deber de abstención, no aporta datos o circunstancias que revelen que han tenido

con los aspirantes aprobados esa estrecha relación personal, al margen de la profesión, que resulta necesaria para que pueda ser apreciada la "amistad íntima" (FD 4º).

1.1.2.4.2.- Modificación de criterios.

Inexistencia de vulneración del principio de confianza legítima. Posibilidad de que el tribunal calificador se aparte de los criterios fijados por otros tribunales en precedentes convocatorias en relación con la valoración como mérito de los años de servicios prestados como funcionario interino. STS de 26 de abril de 2012 (RC 785/2011).

“(…) El Tribunal calificador puede, pues, apartarse de un determinado precedente administrativo cuando existan razones objetivas y razonables para ello, al corresponder al mismo, mediante la obligada y suficiente motivación de sus decisiones y acuerdos, observar el cumplimiento por los candidatos de los requisitos previstos en la convocatoria, que constituye la norma rectora del correspondiente proceso selectivo; sin que en el desempeño de dicha función se encuentre vinculado por supuestas decisiones adoptadas por otros órganos calificadores en procesos selectivos diferentes, que en este caso se remontan al proceso selectivo de 2008 y que supuso en aquel proceso la valoración de la condición de funcionario interino, conforme a la base 2ª c) del Acuerdo de 25 de junio de 2008, frente al criterio de la base 2ª e) del Acuerdo de 23 de septiembre de 2010 que contiene la convocatoria del presente proceso selectivo y se refiere, con exclusividad, a los funcionarios de carrera, excluyendo de forma expresa a los contratados, interinos o eventuales, por lo que al no constituir un precedente válido, procede rechazar el razonamiento propuesto por la parte actora” (FD 9º).

En similares términos, lo resuelto en STS de 5 de diciembre de 2012 (RC 294/2011).

“(…) El motivo ha de correr igual suerte desestimatoria que los precedentes, pues, por una parte, el recurrente pretende que esta Sala revise de forma global y genérica, sin atribuir defecto alguno concreto a la actuación del Tribunal Calificador, la valoración de los méritos efectuada por aquél, en ejercicio de la discrecionalidad técnica que le corresponde, lo que no resulta posible. Y por otra, tenemos reiteradamente dicho que la calificación obtenida en un procedimiento selectivo no vincula al Tribunal Calificador de otro posterior.

En resumen, tal como afirmamos en nuestra Sentencia de 22 de enero de 2008 (Rec. nº 254/2004), F.D.2º: «(…) no cabe sino ratificar que efectivamente el principio de igualdad ha de observarse entre todos los participantes del proceso selectivo, pero el Tribunal Calificador, en el ejercicio de la discrecionalidad técnica, que en esto consiste, y no en la imposibilidad de que el resultado sea fiscalizado por los órganos jurisdiccionales, es libre para establecer criterios de valoración que no tienen necesariamente que coincidir, ni con los procesos selectivos anteriores, ni vinculan desde luego a los posteriores, y en consecuencia, el parámetro de la igualdad vendrá dado no por esta comparación, sino con el trato que reciban todos los que participan en el mismo proceso selectivo» (FD 8º).

1.1.2.4.3.- Baremo de méritos.

1.1.2.4.3.a).- Cuestiones generales.

La puntuación mínima establecida en el concurso de acceso para determinar los candidatos que deben ser convocados a la fase de entrevista tiene como único fin limitar el número de aspirantes que pueden participar en esa fase del proceso selectivo. Dicho límite no puede operar en las valoraciones definitivas de las posteriores fases del proceso selectivo. STS de 10 de octubre de 2012 (RC 546/2011).

“(…) La primera cuestión que aquí debe analizarse es la suscitada en el tercer motivo de impugnación, concerniente, como ya se ha avanzado, al alcance que debe darse a la puntuación mínima que el Tribunal Calificador haya establecido, al amparo de lo establecido en el artículo 313.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), para determinar los candidatos que han de ser convocados a la fase de entrevista; y así ha de hacerse porque solo si este motivo es acogido podrá tener utilidad lo que en los demás se reclama.

Pues bien, ese tercer motivo de impugnación sí merece una respuesta favorable a la tesis de la parte recurrente por todo lo que seguidamente se expone.

En primer lugar, por lo que resulta de la literalidad de ese artículo 313.7 LOPJ, que limita la funcionalidad de esa puntuación que el Tribunal Calificador puede establecer tan sólo a la determinación de los candidatos que deben ser convocados a la entrevista, pero no alude de ninguna manera a que ese límite haya de operar en las restantes fases del proceso selectivo.

Lo cual viene a poner de manifiesto que se trata de una medida dirigida tan solo a agilizar el proceso selectivo cuando se advierta un desproporción entre el número de plazas convocadas y el de participantes en el proceso selectivo, y consistente en excluir de la evaluación que ha de llevarse a cabo en las posteriores fases del proceso selectivo a aquellos aspirantes cuyos méritos, en un simple análisis externo, revelen que carecen de expectativas de superar el proceso selectivo.

Una medida, debe subrayarse, que tiene esa finalidad de agilización que acaba de señalarse, pero que no somete a ningún otro condicionamiento, en las restantes y posteriores fases del proceso selectivo, a quienes son admitidos a ellas y se les permite su realización.

Y, en segundo lugar, por la literalidad de las propias bases que rigieron en el proceso selectivo aquí litigioso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado de 2010, y a las que había de sujetarse la celebración de dicho proceso, según dispone el artículo 313.1 LOPJ; las cuales, en el apartado “G.1 Valoración de Méritos” de la Base Primera, dispusieron lo siguiente:

[...]

Estos puntos 5 y 7 del apartado G. 1 de la Base Primera que acaban de transcribirse despejan la posible duda del alcance que ha de darse a esa polémica puntuación mínima, pues lo circunscriben solamente a la superación de "esta primera fase del concurso" (fase de valoración).

En las restantes bases, y más concretamente en el apartado "G.3 Entrevista de acreditación de méritos" de la misma Base primera, no se establece que aquella inicial puntuación mínima, que fue fijada para poder ser convocado a la fase de dictamen, haya de operar también para que pueda ser computada la calificación definitiva de los méritos que ha de efectuarse tras la entrevista.

Debiéndose añadir que el punto 3 del apartado G. señala que "Como consecuencia de la entrevista (...) el Tribunal calificador podrá aumentar o disminuir la puntuación provisional concedida en la fase de valoración de méritos a cada aspirante en un 25 por 100 de la misma como máximo", y no se establece que, cuando la disminución arroje como resultado una valoración definitiva equivalente a una puntuación que esté por debajo de ese mínimo inicial de que se viene hablando, esta valoración definitiva no podrá ser computada y el aspirante necesariamente tendrá que ser eliminado del proceso selectivo"(FD 4º).

Facultad del Tribunal Calificador de fijar la nota de corte. Las Bases únicamente limitan tal facultad imponiendo un mínimo exigible. Posibilidad de acordar una elevación de dicha nota por el Tribunal. STS de 12 de julio de 2011 (RC 766/2009).

(...) Su lectura evidencia que respecto a la puntuación cuestionada en el proceso, a la que se refiere el apartado 4 transcrito, no está fijada en la base, como dice el demandante, sino que en ella se atribuye al Tribunal Calificador la facultad de establecerla en su primera sesión, señalándole un mínimo de 12 puntos, a partir del cual no se limitan los que el Tribunal pueda exigir. En otros términos, la base no fija el mínimo en relación con los concursantes, sino en relación con el ejercicio de la facultad atribuida al Tribunal para fijar ese mínimo exigible a los concursantes.

Evidentemente no es lo mismo que la base fije un mínimo, que, sin fijarlo por sí misma, y confiando al Tribunal la facultad de hacerlo en la primera sesión, limite la facultad de éste con un mínimo. Es, pues, el Tribunal, y no la base, el que, según ella, deberá fijar el mínimo (usualmente denominado como nota de corte). Y eso es lo que hizo, según consta en las actuaciones, fijándolo en 17 puntos. No hay así, en contra de lo que alega el recurrente, una elevación por el Tribunal del mínimo establecido en la base, sino pura y simplemente, la fijación por éste del confiado a él en la base, cumpliendo el mandato establecido al respecto por la propia base.

La cuestión es trascendental y decisiva en el presente caso para diferenciar del resuelto en la Sentencia de esta Sala y Sección invocada por el demandante en su demanda, la de 18 de octubre de 2007, Recurso 6152/2002.

En ella, según demuestra su lectura, lo que ocurrió es que el mínimo preciso estaba directamente establecido en las bases de la convocatoria, y fue después, a lo largo del procedimiento, cuando el Tribunal introdujo unos criterios de corrección matemática, que la Sentencia considera válidos, "no para establecer el aprobado mínimo sino para determinar quienes sean los mejores aspirante de entre los que compiten entre sí".

Las diferencias con el caso actual son claras: en éste ni las bases fijan el mínimo, misión cumplida por el Tribunal Calificador, según hemos razonado, ni éste introdujo ex post de la fase de calificación de méritos ningún criterio de corrección

matemática de las puntuaciones mínimas exigidas en las bases, sino que con carácter previo, y no por vía de corrección ex post, con total ajuste a las bases, estableció el mínimo de puntuación exigible para poder pasar de la fase de valoración de méritos a la fase siguiente” (FD 6°).

1.1.2.4.3.b) Méritos concretos.

- Años de servicio efectivo de la Abogacía.

Valoración del mérito referido a los años de ejercicio de la Abogacía. Sólo serán computables los prestados en jurisdicción a la que vaya referida la convocatoria. STS de 3 de junio de 2011 (RC 31/2010).

“(…) Conviene señalar que esta Sala y Sección ya se ha pronunciado en diversas ocasiones en asuntos análogos al ahora examinado, en los que también se discutía la exigencia de acreditación de especialización del ejercicio profesional como jurista en el ámbito del orden jurisdiccional al que se concurría dentro del proceso selectivo para acceder a la carrera judicial con la categoría de Magistrado en el denominado "cuarto turno".

En este sentido puede citarse la Sentencia de 31 de enero de 2009 -recurso contencioso-administrativo nº 6/2005-. En dicha resolución se aborda la cuestión referida al problema de interpretación jurídica de cómo deben valorarse los años de ejercicio de la Abogacía, bien con independencia de la jurisdicción en que se haya actuado -como parece sostener el recurrente-, o bien al tratarse de pruebas de acceso a órganos de una determinada jurisdicción, sólo han de valorarse los años de ejercicio ante dicha jurisdicción. La citada resolución, referida a una convocatoria en el orden jurisdiccional social, sostiene en su fundamento de derecho tercero que:

"es evidente que por su propia naturaleza los únicos méritos que pueden tenerse en cuenta son los que afectan al ejercicio de la Abogacía ante la jurisdicción social, puesto que se trata de plazas reservadas a dicha jurisdicción. En consecuencia, han de valorarse exclusivamente estos méritos, y no como pretende el recurrente, de un lado los de ejercicio de la Abogacía en general, y por otro, los relativos a asuntos o bloques de los mismos llevados ante los órganos del orden social, pues, aunque se hayan valorado a otros aspirantes los años de ejercicio en la Abogacía, ello ha sido porque han demostrado mediante las oportunas pruebas que en esos años se había ejercido ante la jurisdicción social. Y la recurrente, que ha intentado demostrar estos hechos mediante pruebas documentales de personas privadas, no ha demostrado fehacientemente, a juicio del acto recurrido dicha circunstancia, sin que sea obligación del Tribunal Calificador subsanar la acreditación de los méritos de los participantes en un proceso selectivo, pues la propia naturaleza de éste impone que sean los propios recurrentes los que los aleguen y prueben, en cumplimiento de las bases y dentro de un periodo determinado, pues ni el Tribunal tiene porqué conocer los méritos de los participantes, ni tiene porqué suplirles en la carga probatoria de los mismos. Otra cosa podría ocurrir en relación con requisitos formales de participación, lo que tendría que analizarse en cada caso. En el presente caso, el recurrente sabía que debía probar el ejercicio ante la jurisdicción social a través de las correspondientes certificaciones de los Tribunales de este orden. En consecuencia, la interpretación que se hace de las bases por el acto recurrido es conforme a derecho".

En idéntico sentido puede citarse también la reciente Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de marzo de 2011 -recurso contencioso-administrativo nº 685/2009 -, en la que en su fundamento de derecho tercero se mantiene que:

"TERCERO.- Según resulta de lo anterior, la cuestión principal a resolver aquí es la valoración del mérito correspondiente de los años de ejercicio de la abogacía, pues de la respuesta que se dé a la misma depende en definitiva el éxito o no de la pretensión del demandante.

Esta Sala no puede compartir los alegatos y razones que la demanda realiza sobre este punto polémico, por ser razonable la argumentación que, para rechazar lo pretendido por el recurrente, fue desarrollada en el Informe del Tribunal Calificador (transcrito en el primer fundamento).

Así ha de ser porque la convocatoria, cuando configura este mérito, señala literalmente que ha de tratarse de "ejercicio profesional en las materias propias de la convocatoria", lo cual pone de manifiesto que no basta con demostrar la colegiación sino que es inexcusable que se aporte, complementariamente, una directa prueba o justificación de que ese ejercicio profesional tuvo lugar en esas específicas materias.

Y sin que baste a estos efectos con la aportación de la declaración jurada porque, como expresamente resulta de la convocatoria, tal declaración sólo puede tener virtualidad si, una vez cursada la certificación sobre los asuntos a los tribunales y organismos correspondientes, ésta no fuese cumplimentada; y para ello será necesario que se acompañe tanto la declaración jurada como la solicitud.

Debe decirse también que la anterior exigencia, por figurar en las Bases de la convocatoria, es de obligado respeto, habida cuenta del carácter vinculante que como norma del concurso ha de reconocerse a dichas Bases; y sin que resulte procedente, como parece sugerirse, que los miembros del Tribunal Calificador hayan de suplir con su conocimiento personal la omisión de ese requisito formal (a lo que debe añadirse que es muy difícil que un magistrado pueda recordar, en los numerosos casos que haya conocido, quiénes han sido los abogados que intervinieron en ellos).

Y una última puntualización procede: la justificación correspondiente al concurso de un determinado orden jurisdiccional no puede ser trasladada a otro diferente porque, como ya se ha dicho, el ejercicio profesional valorable aparece referido "a las materias propias de la convocatoria" (FD 4º).

Falta de valoración de los años de ejercicio profesional de la abogacía alegados por no haber sido justificados al aportarse sólo certificación de la colegiación. Se precisa la justificación documental de que ese ejercicio profesional tuvo lugar en materias propias de la convocatoria. STS de 9 de marzo de 2011 (RC 685/2009).

"(...) Esta Sala no puede compartir los alegatos y razones que la demanda realiza sobre este punto polémico, por ser razonable la argumentación que, para rechazar lo pretendido por el recurrente, fue desarrollada en el Informe del Tribunal Calificador (transcrito en el primer fundamento).

Así ha de ser porque la convocatoria, cuando configura este mérito, señala literalmente que ha de tratarse de "ejercicio profesional en las materias propias de la

convocatoria", lo cual pone de manifiesto que no basta con demostrar la colegiación sino que es inexcusable que se aporte, complementariamente, una directa prueba o justificación de que ese ejercicio profesional tuvo lugar en esas específicas materias.

Y sin que baste a estos efectos con la aportación de la declaración jurada porque, como expresamente resulta de la convocatoria, tal declaración sólo puede tener virtualidad si, una vez cursada la certificación sobre los asuntos a los tribunales y organismos correspondientes, ésta no fuese cumplimentada; y para ello será necesario que se acompañe tanto la declaración jurada como la solicitud.

Debe decirse también que la anterior exigencia, por figurar en las Bases de la convocatoria, es de obligado respeto, habida cuenta del carácter vinculante que como norma del concurso ha de reconocerse a dichas Bases; y sin que resulte procedente, como parece sugerirse, que los miembros del Tribunal Calificador hayan de suplir con su conocimiento personal la omisión de ese requisito formal (a lo que debe añadirse que es muy difícil que un magistrado pueda recordar, en los numerosos casos que haya conocido, quiénes han sido los abogados que intervinieron en ellos)" (FD 3º).

- Años de servicio como funcionario de carrera.

Valoración como mérito de los años de servicio prestados como Juez Togado Militar. Discrecionalidad técnica. No resulta de aplicación para su cómputo el apartado de las bases referido a quienes ejercen funciones judiciales de manera interina sino el que regula los servicios prestados por funcionarios de carrera con intervención ante Tribunales de Justicia. Ejercicio de funciones judiciales fuera del ámbito de la Ley Orgánica del Poder Judicial. STS de 1 de diciembre de 2011 (RC 170/2011).

"(...) Aplicando la precedente doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado, entiende la Sala que la resolución impugnada cumple adecuadamente los expresados requisitos de motivación, por cuanto que, como se razona en la misma (particularmente en los folios 55 y 56 del expediente administrativo), si bien el Pleno del Consejo General del Poder Judicial no consideró correcta la distinción que en el informe del Tribunal Calificador se hacía entre el ejercicio de funciones jurisdiccionales y judiciales referidas a los Jueces Togados, sí se compartía el criterio referente a la interpretación y aplicación que se hacía de las bases de la convocatoria que, como ha sido subrayado, no fueron recurridas por el actor.

A este respecto, de la consideración conjunta de los apartados e) y f) del artículo 313 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende que este último inciso está reservado para quienes ejercen funciones judiciales de manera interina (jueces sustitutos, magistrados suplentes, fiscales interinos y secretarios sustitutos) en la forma exhaustiva que delimitaba las bases de la convocatoria mientras que, cuando ese ejercicio lo es como consecuencia de pertenecer a un Cuerpo o carrera concreto, como es el caso del recurrente, la valoración ha de llevarse a cabo aplicando el apartado e), esto es, atendiendo a los años de servicio como funcionario de carrera perteneciente a cualquier Cuerpo de las Administraciones Públicas para cuyo ingreso se exija expresamente estar en posesión del título de Doctor o Licenciado en Derecho, e impliquen intervención ante los Tribunales de Justicia.

A la anterior conclusión se llega también en función de la circunstancia de que se valoran conforme a este mismo apartado e) los años de servicio en la Carrera Fiscal o en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, mientras que si el ejercicio de estas funciones se hubiera realizado con carácter interino, su valoración debería hacerse con arreglo al apartado f) del referido precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEPTIMO.- Resulta, pues, correcta la valoración que se hace en la actuación administrativa impugnada de los méritos del recurrente, como perteneciente al Cuerpo Jurídico de la Defensa, que, no obstante haber ejercido funciones judiciales, éstas no lo fueron en el ámbito de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino en el específico de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que, aunque tienen ciertos elementos comunes (entre otros, artículos 22 a 31 y 138 a 142 de esta última Ley Orgánica), es lo cierto que el ejercicio de aquellas funciones judiciales en la jurisdicción militar cuenta con un régimen orgánico, funcional y procesal ciertamente autónomo y diferenciado” (FD 6º y 7º).

Falta de valoración de servicios prestados como funcionario interino. Conformidad con la literalidad de las bases que exigen que los servicios se presten como funcionario de carrera. STS de 26 de abril de 2012 (RC 785/2011).

“(…) En lo que atañe a la alegación referente a que no se computaron al recurrente los años en que desempeñó funciones de secretario de Ayuntamiento o secretario-interventor, por no tener la condición de funcionario de carrera, sino de funcionario interino, la Resolución recurrida explica de forma pormenorizada que el punto 5.e) de la base segunda del acuerdo de convocatoria, de 23 de septiembre de 2010, establece como méritos a valorar los años de servicio como funcionario de carrera en cualquier otro Cuerpo de las Administraciones Públicas.

En este punto, la Resolución recurrida explica detalladamente el alcance de la decisión y lo hace llegando a la conclusión, debidamente motivada, de acuerdo con las exigencias derivadas del artículo 54.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común -aquí aplicable en virtud de lo previsto en el artículo 142.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -, de que la claridad y precisión del contenido literal de la referida base impide extender la valoración de la experiencia acumulada al servicio de la Administración, cuando ésta se haya adquirido fuera de la relación de prestación de servicios de carácter funcional, lo que excluye otros tipos de relaciones como la de carácter laboral, así como los servicios prestados como funcionario interino o eventual, sobre la base de lo preceptuado en los artículos 8 a 10 del Estatuto Básico del Empleado Público” (FD 7º).

- Cursos.

Valoración de méritos. Imposibilidad de computar los cursos de Doctorado cuando ya se ha valorado la suficiencia investigadora. Imposibilidad de que un mismo mérito sea valorado varias veces. STS de 5 de diciembre de 2012 (RC 294/2011).

“(…) Lo expuesto conduce a la necesaria desestimación de la pretensión deducida por el recurrente en relación al mérito que analizamos, pues tanto la base, cuyo tenor literal no se refiere expresamente a los cursos de doctorado y que por ello, en contra de lo aducido por el recurrente, sí precisa de interpretación, como los criterios establecidos por el Tribunal calificador para la aplicación de aquélla a las distintas situaciones que se pudieren producir, no dejan lugar a dudas sobre la imposibilidad de

valorar de modo adicional a la suficiencia investigadora los cursos de Doctorado, ofreciendo, además, el Acuerdo del Tribunal Calificador documentado en el acta de 11 de mayo de 2010 antes citada las razones de su decisión, constituidas por la necesaria proporcionalidad con la valoración del mérito relativo al título de Doctor y la evitación de que un mismo mérito resulte varias veces valorado por aplicación de distintos apartados del baremo, que no pueden calificarse en absoluto de arbitrarias o carentes de una razonable justificación, y frente a las que el recurrente no proporciona argumento alguno que no sea su personal y subjetiva apreciación” (FD 6º).

1.1.2.4.4.- Dictamen.

Falta de asistencia a la prueba de dictamen. Concurrencia de causa de fuerza mayor. Retroacción de actuaciones y derecho del recurrente a que se le convoque para lectura del examen. STS de 13 de mayo de 2009 (RC 229/2007).

“(…) La cuestión que se suscita en el presente recurso, a la vistas de los hechos declarados probados, que la demandada no niega, es si nos encontramos o no ante una causa de fuerza mayor, y en consecuencia, si es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1105 del Código Civil, y el Tribunal Calificador debió haber dado otra fecha para que el recurrente procediera a la lectura de su dictamen, o si por el contrario no se aprecia aquella. Hay que recordar que, como ya se ha dicho en el anterior fundamento jurídico, la existencia de causa mayor estaba prevista como causa que daría lugar a un nuevo señalamiento. Ciertamente, en el presente caso se da la circunstancia de que ya estábamos ante un segundo señalamiento. Pero lo cierto es que, aun cuando el recurrente podía haber sido más diligente, no figurando en la convocatoria realizada el día 7 de septiembre para el día 13 de septiembre, y sí en la de ese mismo día para el día 14, la existencia de lluvias que conllevaron el corte de las comunicaciones entre la ciudad de Reus donde trabajada el recurrente y Madrid, es causa de fuerza mayor, y en consecuencia, el Tribunal Calificador debió señalar una fecha inmediata, que, sin perturbar el normal funcionamiento del procedimiento selectivo, hubiera permitido al recurrente el uso de su derecho. Frente a estas circunstancias, el Tribunal Calificador en su informe, solo alega que siendo conecedor el actor que la fecha de su convocatoria sería el 13 o el 14 de septiembre podría haber anticipado su viaje, y que además el mismo día 14, procedió a la lectura, otra aspirante, también domiciliada en Reus. Pero lo cierto es que aún cuando el actor podría haber sido mas previsor, las circunstancias sobrevenidas fueron las causantes de su falta de asistencia”(FD 2º).

1.1.2.4.5.- Entrevista.

Alcance de la prueba de entrevista. No cabe la sustitución de dicha prueba por un examen general de conocimientos jurídicos. STS de 29 de abril de 2011 (RC 287/2010).

“(…) La Sala ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la entrevista prevista en el proceso selectivo para el ingreso en la Carrera Judicial, además de en las Sentencias invocadas en la contestación a la demanda, en otras más recientes [Sentencias de 22 de diciembre de 2006 (recurso 81/2003), 21 de septiembre de 2006 (recurso 256/2002), 25 de marzo de 2003 (recurso 551/2001), 12 de septiembre de 2002 (recurso 318/1998), 1 de febrero de 2001 (recurso 514/1998)].

Pues bien, la jurisprudencia sentada al respecto, tras recordar que no cabe sustituir la entrevista por un examen, no tiene por tal la formulación de preguntas o el planteamiento de cuestiones directamente relacionadas con la formación específica que, a través de los méritos alegados, afirma tener el aspirante o con conceptos jurídicos fundamentales que necesariamente debe dominar quien aspire a ser Juez o Magistrado. Como decía la Sentencia de 20 de noviembre de 2000, invocada por el Abogado del Estado, "el artículo 313.7 de la L.O.P.J. prohíbe que la entrevista se convierta en un examen "general" de conocimientos jurídicos, esto es, en un examen que abarque las distintas ramas de la ciencia del Derecho y, dentro de ellas, las diferentes materias que en ellas se integran, examen general que no puede consistir en pedir al aspirante una exposición de sus conocimientos sobre un número muy limitado de temas que en la ciencia del Derecho deben calificarse como básicos".

Pero del mismo modo la jurisprudencia ha avalado el proceder de los Tribunales Calificadores que, tras la entrevista, y atendiendo a las insatisfactorias respuestas o contestaciones de los aspirantes, resolvieron declararlos no aptos para superar el concurso, ya que la Ley Orgánica (artículo 313.10) y el Reglamento de la Carrera Judicial (artículo 52.2) permiten esta posibilidad, prevista expresamente en las bases de la convocatoria (Base f, punto 10)"(FD 7º).

Calificación de la prueba de entrevista. Falta de motivación. No concreción de los elementos indispensables que condujeron a la declaración de falta de aptitud de la recurrente. STS de 14 de abril de 2009 (RC 242/2007).

"(...) Además de lo que antecede, debe recordarse que la llamada discrecionalidad técnica es tan sólo una modulación del control jurisdiccional que procede sobre las valoraciones que han de ser efectuadas según pautas o criterios de saberes especializados, pero en modo alguno se traduce en la desaparición de dicho control.

Significa limitar ese espacio de libre apreciación exclusivamente al estricto juicio técnico, pero no a las actividades previas que hayan sido desarrolladas para poder realizar aquel juicio. Dicho de otro modo, significa dejar fuera de aquel espacio aquellas actividades que, por ir dirigidas a delimitar la materia o los elementos que vayan a ser objeto de la valoración especializada y a expresar las concretas reglas técnicas que conducen a un determinado dictamen, sí son mensurables a través de los parámetros jurídicos que significan los principios de igualdad, mérito y capacidad y prohibición de la arbitrariedad (artículos 14, 103.3 y 9.3 CE).

Es lo que llevó en su día al Tribunal Constitucional (STC 215/1991, de 14 de noviembre) a diferenciar entre el "núcleo material de la decisión técnica" y sus "aledaños"; diferenciación luego reiteradamente aplicada por esta Sala (SsTS de 22 de enero de 1992, rec. 1726/1990; de 11 de diciembre de 1995, rec. 13272/1991; y 1 de julio de 1996, rec. 7904/1990).

Consistiendo, pues, esos "aledaños" en la delimitación de la materia que haya sido objeto del juicio técnico y en la expresión de los criterios especializados que se utilizaron para realizar ese mismo juicio, es claro que la calificación de una entrevista como la que aquí es objeto de polémica no podrá limitarse a emitir abstractos juicios de valor o meras calificaciones genéricas.

Para considerarla suficientemente motivada deberá incluir, como mínimo, estos elementos: (1) las concretas cuestiones que le fueron formuladas al aspirante; (2) las contestaciones o respuestas que este ofreció a dichas cuestiones; y (3) las específicas razones que, desde los criterios cualitativos de ponderación previstos en la convocatoria (los que recoge el punto 2 del apartado G.3 de su base primera), hayan conducido a la definitiva declaración de falta de aptitud profesional de ese mismo aspirante.

Como ya se expresó en el primer fundamento, el acta número 14 del Tribunal Calificador recogió las preguntas o materias sobre las que versó la entrevista de la recurrente pero no sus respuestas; y el acta número 17 la única explicación que ofreció para justificar su exclusión fue ésta:

"Sin perjuicio de su experiencia profesional, que el Tribunal no debe prejuzgar, se aprecian algunas insuficiencias en su exposición oral tanto en contenido como en rigor conceptual, por lo que cabe concluir que en sus manifestaciones se mostró insuficiente".

Esta explicación, como se ve, se expresa en esos términos genéricos o abstractos que antes se ha dicho son improcedentes, porque no aclara cuáles son las carencias que fueron advertidas para apreciar ese insuficiente contenido, ni tampoco los errores o imprecisiones jurídicas que llevaron a señalar esa falta de rigor conceptual que igualmente se afirma.

Por tanto, ha de concluirse que la exclusión de la recurrente en el proceso selectivo aquí litigioso careció de esos elementos que resultan inexcusables para apreciar debidamente cumplido el necesario requisito de motivación" (FD 5º).

1.1.3.- Jubilación.

1.1.3.1.- Por incapacidad.

1.1.3.1.a).- Caducidad del expediente.

La caducidad no es aplicable a los procedimientos de jubilación por incapacidad permanente de Jueces y Magistrados. La cuestión afecta al interés general y condiciona la independencia judicial y el interés de los justiciables a un eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia. STS de 20 de julio de 2009 (RC 477/2007).

"(...) Dados los términos en que se suscita este proceso, el primer problema a resolver es el de la caducidad, pues de admitirse las tesis del recurrente, debería declararse concluso el procedimiento administrativo, y con la consiguiente declaración de archivo de las actuaciones

[...]

En cualquier caso, corrobora esa posición desestimatoria de la tesis del actor, la circunstancia de que en el caso que se resuelve, debía estarse a lo previsto en el art. 92,4 de la Ley PAC, 30/1992, que admite la posibilidad de no aplicar la caducidad

cuando la cuestión suscitada afecte al interés general, ya que, en contra de lo que aduce el actor, entiende esta Sala que este precepto es aplicable a los procedimientos iniciados de oficio y de los que puedan derivar efectos desfavorables para el interesado, pues no se ve razón atendible para limitar la remisión del art. 44.2, LPAC, solo a los procedimientos iniciados a instancia de parte. Y dado que es claro que en procedimientos como el que ahora se resuelve, de jubilación forzosa por posible incapacidad por alegada enfermedad o padecimiento psíquico de Jueces o Magistrados, en que está en juego la independencia judicial del presunto incapaz, y los intereses de los justiciables a un eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, concurre el interés general de que habla la Ley. Obsérvese que desde otro punto de vista, la propia lógica apoya esta solución cuando, como es el caso, el expediente ha terminado con una declaración de jubilación por incapacidad, que en tanto no sea revocada administrativa o judicialmente, goza de la presunción de validez, que haría inexcusable, de mantenerse razonablemente las circunstancias personales del interesado causantes del expediente (no afectadas por la en su caso declaración de caducidad, por defectos formales), obligaría a la iniciación de otro expediente, que podría fundarse, en virtud del principio de conservación de los actos, en los que informes que debieran subsistir dentro del caducado” (FD 3º).

Lo anterior se completa en STS de 23 de diciembre de 2011 (RC 306/2010).

“(…) En segundo lugar, porque no es de compartir la interpretación que parece postular la demanda de que ha de distinguirse entre caducidad y sus efectos y, por lo que hace a la remisión que el artículo 44 de la Ley 30/1992 hace al artículo 92, ha de quedar circunscrita solamente a lo que se regula en el apartado 1 de este segundo precepto.

Y debe rechazarse esa propuesta interpretativa porque, con independencia de que el artículo 44.2 remite sin más precisiones al artículo 92, lo que viene a autorizar el apartado 4 de dicho precepto es que, aún habiendo tenido lugar los hechos objetivos que determinan la caducidad, sus consecuencias jurídicas podrán no ser aplicadas cuando concurra esa afectación al interés general legalmente prevista (y eso es lo que aquí viene a sostener el Abogado del Estado). Afectación sobre la que debe subrayarse que se produciría de forma particularmente intensa cuando la consecuencia de aplicar la caducidad fuese, ni más ni menos, la de mantener en el ejercicio de funciones jurisdiccionales a quien se ha demostrado que no tiene capacidad para ello” (FD 5º).

1.1.3.1.b) Notas definitorias.

La jubilación por incapacidad permanente como garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Necesaria valoración de factores médicos y ponderación de aspectos profesionales de la actividad judicial. Necesidad de que las funciones judiciales se presten de manera continuada en el tiempo. El concepto de incapacidad permanente para el servicio que se fija con carácter general en el Texto Refundido de la Ley de clases Pasivas del Estado Imposibilidad no puede ser trasladado sin más a jueces y magistrados. STS de 23 de diciembre de 2011 (RC 306/2010).

“(…) según la jurisprudencia de esta Sala, las notas principales que caracterizan a la jubilación por incapacidad permanente de jueces y magistrados son las siguientes:

1.- La jubilación por incapacidad permanente de jueces y magistrados es un necesario medio para garantizar a la ciudadanía la plenitud del derecho fundamental de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE.

En este sentido, la sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2010 (Recurso 8/2007) declaró que la jubilación por incapacidad tiene el siguiente doble alcance institucional e individual: por un lado, está dirigida a garantizar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, promoviendo el cese profesional de quienes no reúnen las condiciones debidas para el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional; y, por el otro, es también un hecho determinante de una situación jurídica para el afectado por ella.

Esta doble vertiente ya había sido destacada por la sentencia de esta misma Sala y Sección de 22 de septiembre de 1999 (Recurso 566/1999), en la que se declaró lo siguiente:

(1) que el ejercicio de la función jurisdiccional constituye el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución y de ello se desprende que las exigencias legalmente establecidas para el recto ejercicio de la actividad judicial son, antes que derechos de los Jueces o Magistrados, garantías establecidas en interés de los ciudadanos para que obtengan la plena satisfacción que les corresponde en cuanto a aquel derecho fundamental;

(2) que una de las exigencias legalmente establecidas para el correcto ejercicio jurisdiccional la constituye el hecho de que el Juez no esté incurso en incapacidad como consecuencia de tener una limitación física o psíquica que imposibilite la función judicial (art. 303 de la LOPJ); y

(3) que el mecanismo establecido para asegurar la efectividad de la anterior exigencia legal es precisamente la jubilación por incapacidad (arts. 385 y siguientes de la LOPJ).

Y esta misma sentencia de 1999 subrayó, así mismo, que la jubilación por incapacidad, a causa de todo lo anterior, constituye no sólo una situación jurídica del Juez afectado por ella, sino también un necesario medio para garantizar a la ciudadanía la plenitud del derecho fundamental de que se viene hablando.

2.- La jubilación por incapacidad permanente de jueces y magistrados no sólo requiere valorar factores médicos, también exige ponderar los aspectos profesionales de la actividad judicial concernientes a las condiciones que resultan inexcusables para asegurar el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Así lo ha venido a señalar la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2006 (Recurso 270/2003), con cita de las anteriores sentencias, también de esta Sala de 29 de mayo de 1989, 25 de marzo de 1996 y 17 de septiembre de 2002).

En ella se recuerda que la declaración de incapacidad es el resultado objetivo de complejas interrelaciones, y se afirma a este respecto que para esa declaración han de tenerse en cuenta factores médicos, jurídicos y funcionariales.

Se dice también, avanzando en esta misma línea, que la valoración de todos esos factores ha de hacerse de manera conjunta, con el objeto de determinar si los

padecimientos sufridos por el juez o magistrado y sus secuelas, puestos en relación con las características objetivas del puesto o la actividad que realmente sea desempeñada, comportan una limitación que exteriorice una falta de aptitud para la función jurisdiccional que ha de ser desempeñada.

La misma sentencia afirma, igualmente, que ese juego de interrelaciones pone de manifiesto que el factor médico, siendo esencial y de inexcusable ponderación, no es el único que debe ser tomado en consideración; o, dicho de otro modo, que los datos médicos deben ser valorados conjuntamente con esos otros factores jurídicos y funcionariales o profesionales que se han mencionado.

3.- La jubilación por incapacidad permanente de jueces y magistrados requiere tomar en consideración que las funciones judiciales se ejercen de manera continuada en el tiempo; y que su correcto ejercicio también exige descartar, en quien las desempeña, el riesgo de que con bastante probabilidad pueda sufrir episodios incapacitantes que aparezcan de manera repentina.

Es el criterio que se contiene en la sentencia de esta Sala y Sección de 19 de noviembre de 1999 (Recurso 522/1997).

Se afirma en ella que las funciones judiciales, de las que depende la protección de los derechos de los ciudadanos, han de desempeñarse de una manera continuada en el tiempo, y el Juez o magistrado que las ejerce debe estar en todo momento libre de toda enfermedad psíquica.

También aborda esta misma sentencia la situación que puede crearse cuando un Juez o Magistrado está afectado por un proceso o enfermedad psíquica que le imposibilita para el ejercicio de sus funciones durante importantes períodos de tiempo (de 4 a 13 meses), y que se puede desencadenar o exteriorizar de una manera imprevisible sin que sea posible remover de su cargo al enfermo de una manera inmediata cuando tales episodios se presentan; y declara que, en dichas situaciones, es necesario concluir que dicha persona se encuentra incapacitada permanentemente para el desempeño de funciones judiciales, y que no puede confiársele dicho desempeño mientras no exista seguridad de que no está expuesto a esos períodos o episodios de la enfermedad durante los cuales su actuación como Juez o Magistrado podría causar graves daños a la Administración de Justicia.

4.- Las notas anteriores impiden trasladar, sin más, a jueces y magistrados, el concepto de incapacidad permanente para el servicio que se fija con carácter general en el Texto Refundido de la Ley de clases Pasivas del Estado [aprobado por el real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril].

En este sentido se pronuncia, en su fundamento jurídico quinto, la sentencia de esta Sala y Sección de 20 de julio de 2009 (Recurso 477/2007), que declara también que así lo imponen esas matizaciones propias que, según la jurisprudencia que ha sido mencionada, singularizan la incapacitación permanente de los funcionarios judiciales” (FD 4º).

Sobre análoga cuestión, STS de 17 de marzo de 2009 (RC 75/2006).

1.1.3.1.c).- Alcance de la potestad del CGPJ.

Alcance de la competencia del CGPJ para declarar la jubilación por incapacidad permanente. STS de 23 de diciembre de 2011 (RC 306/2010).

"(...) La segunda cuestión versa, como antes se avanzó, sobre el alcance que ha de darse a la competencia que tiene atribuida el Consejo para declarar la jubilación por incapacidad permanente, y lo que suscita es la relación existente entre dicha competencia y la función que corresponde al dictamen del órgano médico regulado en el artículo 28.2 c) del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 tras la nueva redacción que le fue dada a este precepto por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, cuyo actual contenido es éste:

"2.- La referida jubilación o retiro puede ser:

(...) c) Por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, que se declarará de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota e incierta irreversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo o Escala, plaza o carrera, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico que en cada caso corresponda".

Lo cual se traduce, en definitiva, en decidir más concretamente este principal interrogante: si el carácter preceptivo y vinculante que para dicho dictamen establece el precepto que acaba de mencionarse impedía al Consejo declarar la jubilación por incapacidad permanente de la demandante que llevó a cabo en su acuerdo plenario que es objeto de impugnación en el actual proceso.

Pues bien, el correcto análisis de esta otra cuestión debe partir de las premisas siguientes.

La primera es que debe ponderarse muy especialmente la configuración constitucionalmente establecida, en primer lugar, para el Poder Judicial como conjunto de órganos totalmente independientes de cualquier otro poder del Estado (artículo 117 CE), y, en segundo lugar, para el Consejo General del Poder Judicial como específico órgano de gobierno de dicho poder establecido para garantizar aquella independencia (artículo 122 CE).

La segunda es que esos artículos 127.7 y 388 de la LOPJ, que con anterioridad fueron citados, atribuyen al Consejo una competencia para declarar la jubilación por incapacidad permanente de Jueces y Magistrados que es de obligado ejercicio y de la que no puede abdicar cuando, una vez cumplido el preceptivo trámite del dictamen del órgano médico, el que así haya sido emitido no le ofrezca los elementos de juicio que resultan necesarios para tomar su decisión.

La tercera es que ese artículo 388 de la LOPJ, al disponer que los procedimientos de jubilación por incapacidad permanente se resolverán por el Consejo "con audiencia del interesado e informe del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno respectiva, sin perjuicio de las demás justificaciones que procedan", lo que viene a proclamar es que dicho Consejo, para ejercer esa competencia que tiene reconocida, puede utilizar, para formar su definitiva convicción sobre la incapacidad, cuantos

elementos juzgue útiles para esa finalidad cuando resulte insuficiente el Dictamen Evaluador del Equipo de Valoración de Incapacidades” (FD 6°).

Sobre una cuestión similar, STS de 13 de julio de 2011 (RC 355/2010).

1.1.3.1.d).- Cumplimiento de la edad de jubilación forzosa.

El cumplimiento de la edad de jubilación forzosa no imposibilita la continuación y resolución del expediente de jubilación por incapacidad permanente para el servicio iniciado con anterioridad. Diferente contenido de las consecuencias generadas según la jubilación sea por incapacidad o por edad. STS de 10 de febrero de 2010 (RC 8/2007).

“(…) Esa primera cuestión ya debe decirse que merece una respuesta favorable a la pretensión de la demandante, por todo lo que se explica a continuación.

La jubilación por incapacidad tiene un doble alcance institucional e individual, pues, por un lado, ciertamente está dirigida a garantizar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, promoviendo el cese profesional de quienes no reúnen las condiciones debidas para el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional; pero, por otro lado, es también un hecho determinante de una situación jurídica para el afectado por ella, cuyas consecuencias no son totalmente coincidentes con las que se derivan de la jubilación forzosa por edad, ni tampoco son las mismas para todas las modalidades de incapacidad (pues varían en función de que la incapacidad sea calificada de total, absoluta o gran invalidez).

Esta doble vertiente, como bien recuerda la demanda, ya fue subrayada por la sentencia de esta misma Sala y Sección de 22 de septiembre de 1999 (Recurso 566/1999).

En cuanto al diferente contenido que pueden presentar las consecuencias jurídicas derivadas de la jubilación, según que esta sea la forzosa por edad o la que genera la incapacidad permanente para el servicio, debe reiterarse principalmente lo declarado en esa sentencia de 10 de noviembre de 2003 (Recurso 567/2001) que antes fue mencionada.

En ella se señala, como ya antes se puso de manifiesto, que dentro del marco de protección del Régimen Especial de Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia, regulado actualmente en el Texto Refundido de 23 de junio de 2000, aparece dispuesta la posibilidad de reconocer determinadas prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez; y se dice también que esto es lo que explica que en el procedimiento regulado en la Orden de 22 de noviembre de 1996 se establezca que, en los supuestos de jubilación por incapacidad, el órgano de jubilación deba indicar, en el impreso de iniciación de oficio del procedimiento de reconocimiento del derecho a pensión, si la lesión o proceso patológico del funcionario, además de incapacitarle para las funciones propias de su Cuerpo, le inhabilita por completo para toda profesión u oficio, y, en su caso, si necesita la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida.

Como también debe recordarse, en cuanto a esa posibilidad de que la jubilación genere diferentes consecuencias jurídicas, que el grado de incapacidad que sea

reconocido puede o no tener un alcance tributario, porque, en función de que sea uno u otro, podrán derivarse determinados beneficios de esa naturaleza.

Debiéndose mencionar sobre esta cuestión la sentencia de 29 de mayo de 1995 (Recurso 5922/1997), citada en la posterior de 30 de septiembre de 2009 (Recurso 61/2008), pues en la primera se aborda toda la principal problemática que ha planteado la incidencia tributaria de la incapacidad de los funcionarios.

Y la consecuencia que deriva de lo anterior es esta: que si la jubilación por incapacidad puede generar en el interesado esas ventajas jurídicas que no existen en la jubilación por edad, no puede negarse a dicho interesado el derecho de proseguir el expediente dirigido al reconocimiento de esa específica clase de jubilación; y, por esta misma razón, la jubilación por edad no puede ser considerada una imposibilidad de continuación de dicho expediente” (FD 5º).

1.1.4.- Licencias y permisos.

1.1.4.1.- Por enfermedad.

Denegación de licencia por enfermedad a Magistrada. No cualquier padecimiento genera su concesión sino sólo aquéllos que imposibilitan las tareas básicas del destino. STS de 7 de mayo de 2010 (RC 187/2009).

“(…) Los otros dos argumentos deben ser rechazados porque la dolencia descrita en ese certificado médico (cuyo contenido también ha sido transcrito en el primer fundamento) y las limitaciones que a causa de ella se refieren, puestas en relación con el cometido profesional que corresponde a una Magistrada titular de un Juzgado Social, no permiten formar la convicción de que se encuentre imposibilitada para las tareas básicas de ese destino.

Y lo que en apoyo y desarrollo de esta última conclusión debe señalarse es lo siguiente:

1.- En virtud de lo establecido en el artículo 377 de la LOPJ, en esta materia es de aplicación el artículo 245 del Reglamento de la Carrera Judicial y, de conformidad con lo establecido en este precepto reglamentario, lo que determina la licencia por enfermedad no es cualquier padecimiento que merezca este nombre sino tan sólo aquéllos que impidan el normal desempeño de las funciones judiciales.

2.- Las tareas de la titular de un Juzgado de lo Social consisten principalmente, si no totalmente, en presidir y celebrar vistas orales y en dictar las resoluciones que exija la marcha del órgano jurisdiccional, y esas únicas limitaciones que en el cuarto dedo de la mano derecha sufre la demandante no le impiden desarrollar dichas tareas, porque existen medios alternativos para la escritura manual que se viene a señalar como imprescindible para su actuación jurisdiccional” (FD 3º).

En idénticos términos, STS de 7 de mayo de 2010 (RC 366/2009).

1.1.4.2.- Por matrimonio.

Solicitud de Magistrada con motivo de su inscripción en el Registro de Parejas de Hecho. Denegación. Falta de regulación en la LOPJ y en el Reglamento 2/2011 de la licencia a parejas de hecho en condiciones equiparables a las contempladas para

los matrimonios. Improcedencia de interpretación extensiva. STS de 10 de mayo de 2012 (RC 836/2011).

“(…) partimos del hecho incontrovertido de que ni la LOPJ en su artículo 373 ni el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, en la redacción del artículo 223, contemplan la concesión de licencia de quince días a las parejas de hecho de forma equivalente a lo que se reconoce para el matrimonio y frente a la tesis mantenida por la parte recurrente sobre posible aplicación extensiva de esos preceptos para reconocer tal situación, procede subrayar que extender una norma legal a casos no previstos en la misma exigiría, por su propia naturaleza, una regulación que sólo al legislador corresponde, máxime cuando la aplicación analógica entre matrimonio y parejas de hecho ha sido negada en la S.T.E.D.H. de 10 de febrero de 2011 (asunto Korosidou versus Grecia). También la jurisprudencia constitucional reconoce que a todos los efectos no son «realidades equivalentes» el matrimonio y la convivencia extramatrimonial en SSTC 184/90, 29, 30, 31, 35, 38 y 77 de 1991 y 29/92, así como en los Autos núms. 671/85, F.J. 2, 156/87, 788/87 y 1021/88 y en las providencias de 22 de mayo de 1989 (R.A. 321/89), 26 de marzo de 1990 (R.A. 31/90) y ello ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal, como reconoce el Acuerdo impugnado y la STS de 16 de junio de 2011, así como la abundante doctrina jurisprudencial que en ella se contiene.

[...]

Pero, en el caso examinado, la razón de decidir del Acuerdo impugnado no se basa en lo que la parte recurrente entiende un trato desigual por su condición de mujer dispensado por las normas examinadas (LOPJ y Reglamento de la carrera Judicial) sino que estas no reconocen la licencia pretendida a las parejas de hecho por entender que no son situaciones asimilables a la unión matrimonial, por lo que no puede argumentarse la ilegalidad del Acuerdo en la incidencia de la Ley Orgánica 3/2007 para denunciar un trato discriminatorio determinante de la nulidad del Acuerdo recurrido.

SEXTO.- Un segundo aspecto relevante de la argumentación de la Magistrada recurrente es que las sentencias y autos del Tribunal Constitucional que se citan en el Acuerdo recurrido para justificar la denegación de la licencia, han sido superadas en la posterior sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno nº 222/1992, de 11 de diciembre y sostiene la inexistencia de diferenciación de los matrimonios y las parejas de convivencia "more uxorio".

[...]

La sentencia, lo que dice es que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes, idea en la que posteriormente incide la Sala Primera de este Tribunal, como reconoce el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que ha sido recurrido, para excluir la aplicación de la analogía a la hora de colmar las lagunas que pudieran existir acudiendo a las normas propias del matrimonio, pues una cosa es que no sea equiparable la unión de hecho a la matrimonial y otra que, asentada una realidad familiar sobre una unión de hecho haya que excluir la aplicación de determinadas medidas o beneficios y, un buen ejemplo de ello es la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que ha regulado el derecho a la prestación de viudedad de las parejas de hecho. Como se dice en el Preámbulo de dicha ley, «la ausencia de una regulación

jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles indicativos de dicha situación» Es decir que, ante la ausencia de regulación a estos efectos, el legislador se ve compelido a concretar los requisitos que las parejas de hecho deben reunir para tener acceso a la prestación de viudedad.

[...]

En consecuencia, el Reglamento de Carrera Judicial 2/2011 incorpora medidas de conciliación de la vida familiar en las que expresamente equipara la figura del cónyuge con la de miembro de pareja de hecho, haciendo efectivo lo que la Comisión de Igualdad destaca, es decir " que la voluntad del CGPJ debe ser la de equiparar las parejas de hecho a las matrimoniales en los supuestos en que esto sea necesario por motivos de conciliación y salvaguarda del principio de igualdad".

Ha de concluirse pues, que la regulación del Reglamento 2/2011 es acorde con la sentencia del Tribunal Constitucional que menciona la parte recurrente en cuanto resalta la no equivalencia entre matrimonio y unión de hecho pero equipara ambas a la hora de adoptar medidas de conciliación de la vida personal y familiar con la profesional.

[...]

En todo caso, el reconocimiento de esos derechos por parte de los legisladores autonómicos en el ejercicio legítimo de sus competencias y en sus respectivos ámbitos territoriales no constituye argumento suficiente para anular, por contrario a derecho, el Acuerdo recurrido que se basa en la falta de previsión específica al respecto de la LOPJ y el Reglamento de la Carrera Judicial, que no es casual, ni responde a un olvido del legislador como entiende la recurrente pues la LOPJ ha sido modificada con motivo de la aprobación Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y asimismo, el Reglamento 2/2011 de Carrera Judicial en cuanto al régimen de licencias y permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de tal manera que si se hubiera querido establecer la equiparación plena a efectos del reconocimiento del derecho a la licencia de quince días por matrimonio a las uniones de hecho lo hubiera dispuesto así, pues toda argumentación de la parte actora se centra en la posibilidad de comprender en la regulación legal aplicable un supuesto en ella no incluido.

[...]

En suma, no es posible la interpretación extensiva que se pretende por no existir, conforme a la jurisprudencia, analogía entre matrimonio y pareja de hecho y, por último, la no afectación al servicio tampoco constituye un elemento determinante porque de lo que se trata es si se tiene derecho o no a la licencia solicitada que carece de cobertura normativa en la actualidad" (FD 4º a 9º).

1.1.4.3.- Por asuntos propios.

Licencia por asuntos propios. No existencia de un derecho automático de Jueces y Magistrados a su disfrute. La concesión no resulta obligatoria para el CGPJ sino discrecional. Amplio margen de apreciación del CGPJ previa ponderación de los intereses generales. Necesaria motivación de la decisión. STS de 14 de julio de 2010 (RC 284/2009).

“(…) Delimitado el objeto de debate en los términos que resultan de lo anterior, el punto de partida para decidir debe ser el artículo 252 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, que establece:

"1.- Podrá concederse licencia por asuntos propios sin derecho a retribución alguna, cuya duración acumulada no podrá en ningún caso exceder de tres meses cada dos años.

2.- Cuando la licencia obedezca a las condiciones de especial dificultad en la que se ejerce la jurisdicción, que pueda llegar a afectar gravemente a la situación personal del juez o magistrado, podrá ser concedida por el Consejo General del Poder Judicial con derecho a retribución. En este último caso la duración máxima de la licencia será de quince días hábiles anuales, susceptibles de ser distribuidos en períodos no inferiores a cinco días hábiles.

3.- La solicitud de licencia por asuntos propios se elevará al Consejo General del Poder Judicial por conducto y con informe del Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, según el órgano en el que se encuentre destinado el solicitante. El informe deberá valorar la repercusión que el otorgamiento de la licencia suponga en el normal funcionamiento de la Administración de Justicia, y en el supuesto previsto en el número 2 anterior, las circunstancias que determinen la especial dificultad del ejercicio jurisdiccional y su incidencia sobre la situación personal del solicitante".

Pues bien, tomando en consideración el tenor literal de este precepto, su ubicación sistemática, y comparando su contenido con la regulación prevista para otros permisos y licencias de Jueces y Magistrados, la primera conclusión que debe sentarse sobre el actual litigio es, en contra de lo aducido por el recurrente, que no hay base normativa para reconocer un derecho automático a disfrutar de la licencia prevista en el artículo 252 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial; y que, paralelamente, su concesión no puede considerarse obligatoria para el Consejo porque cuando así es la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Reglamento lo contemplan expresamente.

Y como apoyo y desarrollo de lo que acaba de declararse debe también subrayarse todo lo siguiente:

A) El permiso anual de vacaciones o las licencias por razón de matrimonio, en caso de parto y adopción, o para realizar estudios relacionados con la función judicial, previstos en los artículos 371 y 373 de la LOPJ y 231 y 240 del Reglamento 1/95, sí se contemplan expresamente como un derecho de los Jueces y Magistrados, cuya concesión es preceptiva con carácter reglado cuando concurren los requisitos exigidos a tal fin (vid. artículo 240.2 del Reglamento 1/1995 para la licencia por razón de matrimonio; 242.1 para la licencia por parto y 249.1 para la licencia por estudios).

El texto literal de esos preceptos autoriza a considerarlo así, al referirse a ese permiso y a tales licencias en términos imperativos mediante la expresión "tendrán derecho".

B) La licencia por asuntos propios de que aquí se trata aparece regulada en un capítulo diferente en el Reglamento de la Carrera Judicial, después de aquellos permisos y licencias a los que acaba de hacerse mención, y, además, el texto literal del precepto

dedicado a ella es muy diferente, pues en lugar de incluir aquellos términos imperativos utiliza la expresión "podrá".

Y a ello debe sumarse la finalidad a que responde de "comprender distintas situaciones extraordinarias que pudieran suscitarse", según reza la exposición de motivos del Acuerdo reglamentario número 3/2002, de 19 de junio, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (publicado en el Boletín Oficial del Estado número 155, del día 29 de junio de 2002) que la introdujo en el apartado 2 del artículo 252 del Reglamento 1/1995.

C) Por tanto, si se tiene en cuenta que esa expresión "podrá" significa habilitar al Consejo para la concesión y no imponérsela, y, sobre todo, el carácter excepcional que es inherente a esa finalidad que ha quedado apuntada, lo que deriva de ambos datos es el carácter discrecional de esta específica licencia "por asuntos propios" y, por esta razón, la necesidad de reconocer al Consejo General del Poder Judicial (a su Comisión Permanente, de conformidad con lo establecido en el artículo 131.4 de la LOPJ) un margen de libertad a la hora de resolver sobre su concesión y de ponderar las circunstancias a que hace referencia el mencionado artículo 252.2.

D) Esa discrecionalidad ciertamente que no significa una absoluta libertad del Consejo para actuar de manera inmotivada y arbitraria, pero sí le otorga un amplio margen de apreciación para, en el ejercicio de la función constitucional de gobierno judicial que le corresponde, decidir si, desde la perspectiva global de los intereses generales que afectan al funcionamiento de la Administración de Justicia, hay razones que hacen no aconsejable o inconveniente la licencia que haya sido solicitada.

Y cuando esas razones sean visibles y no sean ilógicas ni carentes de todo fundamento, habrá de considerarse que el Consejo ha hecho un correcto uso de esa libertad que le corresponde por haber respetado el límite que impone la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución) y, en consecuencia, habrá de respetarse su decisión de denegar la licencia aunque se pueda discrepar de ella" (FD 3°).

1.1.4.4.- Por razón de estudios.

El derecho al disfrute o ejercicio de esta clase de licencia sólo se haya supeditado, según dispone la Ley, a la existencia de informe favorable del Presidente del Tribunal correspondiente que ha de tener en cuenta, imperativamente, las necesidades del servicio. Conformidad a derecho de la denegación acordada por el Consejo General del Poder Judicial, fundada en la falta de garantía de Juez sustituto durante el período para el que se solicitaba la licencia y en la existencia de de una medida extraordinaria de refuerzo en el órgano jurisdiccional. STS de 31 de enero de 2012 (RC 148/2011).

"(...) ha de tomarse en consideración el criterio doctrinal contenido en la S.T.S. Sala 3ª, Sec. 7ª, de 15 de octubre de 1997, (RC 651/1995), que expresamente se trae a colación por el recurrente en apoyo de su pretensión, al entender que descarta cualquier viso de discrecionalidad a favor de la Administración en el otorgamiento de este tipo de licencias por razón de estudios relacionados con la administración de justicia, de forma que la naturaleza rigurosamente reglada de la actividad administrativa desarrollada por el C.G.P.J., en este aspecto, determinaría que le fuese concedida la Licencia solicitada ya que concurrían todos los elementos necesarios para ello, según la exigencia legal.

Y, efectivamente, es cierto que la citada Sentencia anuló y dejó sin efecto la previsión contemplada dentro del art. 249 del Reglamento 1/1995 de la Carrera Judicial, al apreciar que incurría en contradicción con lo dispuesto en el apartado 2º del art. 373 de la L.O.P.J., señalando que el derecho a la obtención de la Licencia por razón de estudios relacionados con la administración de justicia “... se trata de un derecho expresamente reconocido por el Legislador, cuyo disfrute o ejercicio sólo se halla supeditado, según dispone la Ley, al informe favorable del Presidente del Tribunal correspondiente que ha de tener en cuenta, imperativamente, las necesidades del Servicio, que constituyen un concepto jurídico indeterminado de cuya apreciación queda excluida, como es sabido, toda idea de discrecionalidad. Y siendo esto así, ha de concluirse que procede declarar la nulidad del artículo 249.1...” Este criterio ha sido mantenido por la Sala en posteriores ocasiones, así por ejemplo en la S.T.S. de 14 de Julio de 2010 (Recurso-Contencioso 284/2009).

Pero la vigencia de este criterio jurídico, no obsta a que las resoluciones administrativas impugnadas, en el presente caso, no dejen de ser plenamente ajustadas a Derecho. Parece olvidar el recurrente, como acertadamente señala el Abogado del Estado y ya se apreció en la tramitación administrativa, que el definitivo informe remitido por el Excmo. Sr. Presidente del TSJ de Madrid a pesar de su inicial conformidad, hacía ver que según comunicación del Decanato competente, éste no garantizaba la existencia de una sustitución en debidas condiciones; es decir, no aseguraba que durante el período solicitado, la ausencia fuera a cubrirse por sustitución y quedara debidamente servida la plaza. Ante ello no puede compartirse el argumento planteado por el recurrente y según el cual la inicial resolución denegatoria (y la posterior que confirmó lo resuelto) incurrieran en falta de motivación, puesto que las necesidades del servicio venían determinadas por la existencia, desde luego, de una situación de congestión que había motivado el establecimiento en el órgano judicial afectado de “... una medida de refuerzo debido a la sobrecarga de trabajo que soporta.”. No falta razón al Abogado del Estado cuando señala que ante la ausencia de una manifestación concluyente por parte del órgano contemplado por la Ley para informar sobre las necesidades del Servicio habría de ser el Consejo quien valorase tal requisito, quien colmase la laguna.

[...]

La existencia de un medida extraordinaria de apoyo o refuerzo, como la que estaba vigente en el Juzgado de lo Social que nos ocupa y que se valoró por el C.G.P.J. a la hora de alcanzar sus acuerdos, no era un anécdota o circunstancia menor, sino el indicio de un excepcional retraso o acumulación de asuntos, en la expresión usada por la ley. Por ello las consideraciones afectantes a las necesidades del servicio en virtud de las que actuó la Administración no pueden juzgarse contrarias a Derecho y deben apreciarse regulares dentro del proceder seguido. Es evidente, en consecuencia, que no pueden considerarse carentes de motivación alguna las resoluciones impugnadas, habida cuenta de los documentados procedimientos desarrollados para su formación, conocidos por el recurrente, así como de los propios motivos expresados en cada una de ellas” (FD 4º).

1.1.5.- Situaciones administrativas.

1.1.5.1.- Comisión de servicios.

Acuerdo de reparto entre Juez titular y Juez comisionado. Ni el cese diferido ni la comisión de servicios limitaron la competencia jurisdiccional del Magistrado a un número limitado de asuntos. STS de 3 de noviembre de 2009 (RC 365/2006).

“(...) La recurrente mantiene una interpretación estricta del contenido de la jurisdicción atribuida al Magistrado D. Miguel Torres Segura durante el período de cese diferido y el de comisión de servicios. Como sostiene el Abogado del Estado ha de distinguirse entre el período en el que el Magistrado Torres Segura está en situación de "cese diferido" y un segundo período de "comisión de servicios", aunque desde la perspectiva del ejercicio de la jurisdicción en ambas situaciones goza el Magistrado del pleno ejercicio de las funciones jurisdiccionales en relación con los asuntos de que conoce el Juzgado al que está adscrito, ya sea con "cese diferido" o en calidad de "comisionado".

No es cierto, como sostienen los recurrentes que su jurisdicción a partir del Acuerdo por el que se difiere el cese, queda limitada a los asuntos de que ya estuviera conociendo, pues ni resulta de los Acuerdos administrativos referidos ni resulta del contenido de la LOPJ. Aunque el Acuerdo por el que se difiere el cese emplea la expresión "seguir actuando en el Juzgado de instrucción nº 5 de Marbella en la tramitación de los asuntos penales a que hace referencia en su escrito de 21 de septiembre de 2005 y hasta la finalización de dicha tramitación", compartimos el criterio del Abogado del Estado que ha de entenderse como expresión de la causa que justifica la medida de aplazamiento del cese y su duración y no como extensión de la competencia a ejercer por el Juez titular que se ve diferido su cese. De no entenderlo así, nadie tramitaría los asuntos hasta que cesara el Juez o se tendría que acudir a un Juez sustituto cuando seguía al frente del Juzgado el Juez titular del mismo.

Como sostiene el Abogado del Estado la interpretación de los recurrentes, daría lugar a un resultado contrario al Ordenamiento que equivaldría a la configuración de un juez ad hoc.

A partir de la situación de comisión de servicios, acordada el 25 de enero de 2006, no se produce ninguna modificación desde la perspectiva de la jurisdicción atribuida al Magistrado Torres Segura, siendo el único cambio apreciable el relativo a su situación administrativa, que pasa a ser de comisión de servicios.

Como sostiene el Abogado del Estado, contra la opinión de los recurrentes de que la comisión de servicios, como medida de refuerzo en un órgano judicial, obligaría a delimitar los asuntos de que puede conocer el "juez de refuerzo" que serían los asuntos de "nuevo ingreso o pendientes de señalamiento" (artículo 216 bis 2, 4º LOPJ). Tal previsión legal queda, sin embargo, circunscrita a los supuestos en los que la comisión de servicios forma parte de un "plan de actualización del juzgado", pero no, como es el caso, a los demás supuestos en los que la LOPJ autoriza al Consejo General del Poder Judicial a "acordar excepcionales medidas de apoyo judicial consistentes... en el otorgamiento de comisiones de servicio a jueces y magistrados" (art. 216 bis 1 LOPJ).

Compartimos con la demandada que en el presente supuesto concurrían circunstancias excepcionales, lo que no ha sido negado de contrario” (FD 4º).

En similares términos, STS de 6 de noviembre de 2009 (RC 361/2006).

Las comisiones de servicios por necesidades del servicio no vulneran el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. STS de 3 de noviembre de 2009 (RC 365/2006).

“(…) En cuanto al fondo no tienen razón los recurrentes. En efecto en cuanto a la alegada vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, este Tribunal, como sostiene el Abogado del Estado, ha admitido la validez de las comisiones de servicio por necesidades del servicio en un Juzgado con titular a su frente (sentencia de 26 de octubre de 1995), y en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia que cita el Abogado del Estado 238/1998, de 15 de diciembre, ya que no cabe exigir el mismo grado de fijeza al órgano que a sus titulares, considerando acorde con dicho derecho fundamental que, ante la situación de necesidad de un determinado órgano judicial se ejercite por el Consejo General del Poder Judicial la potestad que habilita la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que introduce el nuevo artículo 216 bis” (FD 3º).

1.1.5.2.- Suspense provisional de funciones.

No es improcedente resolver sobre la suspensión provisional de funciones antes de decidir sobre una solicitud de servicios especiales. Preferencia de intereses generales sobre los particulares. STS de 30 de enero de 2012 (RC 326/2010).

“(…) Empezando por esto último, hemos de rechazar que se infringiera el artículo 74.2 de la Ley 30/1992 por no resolver antes sobre la solicitud de servicios especiales antes de abordar la procedencia o no de la suspensión. En efecto, como bien dice el Abogado del Estado, ese precepto se refiere, por un lado, a asuntos homogéneos y, por el otro, autoriza al titular de la unidad administrativa a alterar el orden de despacho motivadamente. Por tanto, ni sienta una regla inamovible, ni rige su prescripción incondicionadamente para todos los asuntos. De otro lado, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial parece algo más que el titular de una unidad administrativa y no hay homogeneidad entre la resolución sobre la procedencia de aplicar la medida prevista en el artículo 383.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el auto de 11 de mayo de 2010 requería abordar, y la correspondiente a una solicitud de servicios especiales. Si a todo esto añadimos que el propio Pleno debatió al respecto y dio preferencia a la primera cuestión, se impone con absoluta claridad la conclusión de que no se incurrió en ninguna irregularidad por decidir primero sobre la suspensión.

Es más, este orden de actuación se corresponde con la relevancia que tienen las correspondientes decisiones. Lo explica bien el Ministerio Fiscal: es superior, desde el punto de vista de la preservación de los intereses generales vinculados a la Administración de Justicia, la importancia de la resolución sobre si ha de hacerse efectiva la suspensión en sus funciones jurisdiccionales de un juez contra el que se ha abierto juicio oral por un posible delito de prevaricación, que la presente en una solicitud de servicios especiales. Frente a la dimensión objetiva que en sí misma tiene la primera no puede prevalecer la eminentemente subjetiva de la segunda.

[...]

Sin embargo, ni se le había declarado en tal situación administrativa cuando se le suspende, ni puede reprochársele al Consejo General del Poder Judicial que resolviera sobre ella después. En efecto, entre los intereses en juego --y sin perjuicio de la presunción de inocencia del magistrado suspendido, que sólo desvirtuará, en su caso, una sentencia condenatoria-- han de prevalecer, sin duda, los relacionados con la preservación de la imagen de la Administración de Justicia ante los ciudadanos, que padecería de no aplicarse la medida cautelar en estas circunstancias, frente a los legítimos pero particulares intereses del Sr. Garzón Real” (FD 6º-D y F).

Suspensión provisional de funciones acordada con motivo de la apertura de juicio oral contra Magistrado. La concurrencia de alguno de los supuestos contemplados en artículo 383 de la LOPJ lleva como consecuencia inevitable la obligación del CGPJ de suspender de funciones al Juez o Magistrado. El hecho de encontrarse ya suspendido de funciones no obsta para que se adopte nueva suspensión atendida la dimensión temporal de dicha medida cautelar. STS de 3 de mayo de 2012 (RC 338/2011).

“(…) debemos comenzar recordando lo que preceptúa el artículo 383 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

[...]

Pues bien, dados los términos restrictivos e imperativos que emplea el inciso primero de dicho artículo, resulta evidente que, en los casos en que un Juez o Magistrado esté incurso en alguno de los supuestos en él contemplados, la consecuencia inexorable e inevitable que se impone legalmente no es otra que la preceptiva suspensión provisional de funciones de dichos Jueces y Magistrados, medida cautelar cuya adopción, por tanto, no puede configurarse como una mera posibilidad o facultad discrecional del Consejo General del Poder Judicial previa valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, al ser la consecuencia reglada e ineludible que debe hacerse efectiva caso de concurrir alguno de los supuestos previstos en los distintos apartados del artículo 383.

Así las cosas y en lo que interesa al presente recurso, ninguna duda ofrece que la apertura del juicio oral contra el Magistrado Sr. Garzón Real claramente constituía un acto de dirección del proceso contra éste por lo que, perfeccionado el supuesto contemplado en el apartado 1 del referido artículo 383, el efecto directo que de ello se derivó fue el acuerdo de suspensión adoptado por la Comisión Permanente el 19 de abril de 2011, posteriormente ratificado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que, en consecuencia, resulta conforme a derecho.

Y a lo anterior no obsta el argumento que constituye el sustento del recurso promovido por el recurrente y según el cual no procedía acordar tal suspensión de funciones por encontrarse ya suspendido por un acuerdo precedente y no venir, en consecuencia, desempeñando función jurisdiccional alguna. No podemos dejar de lado que la suspensión provisional de funciones es una medida cautelar con una dimensión temporal limitada y que, tal y como señalamos en nuestro auto de 26 de abril de 2011 “(…) como sostiene el Consejo en su acuerdo la suspensión es una consecuencia derivada directamente de la causa penal antes citada, y va directamente ligada al proceso en que se acuerda proceder contra el recurrente, con vinculación diferente y autónoma, encadenando su eficacia al destino del proceso penal al que concretamente

se contrae; de la misma forma añadimos nosotros, que se puede acordar la prisión provisional en distintos procedimientos penales de quien ya está en dicha situación. Por ello el artículo 384.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que en el supuesto del artículo 383.1, como el aquí contemplado, la suspensión durará hasta que recaiga una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. En consecuencia, la absolución o el archivo de una causa penal supondrá el fin de la medida cautelar acordada como consecuencia de dicha causa, pero quedará vigente, en su caso, la acordada como consecuencia de otro proceso, por lo que la resolución acordada, ni es de contenido imposible, ni carece de utilidad”.

[...]

Tampoco es de acoger la desviación de poder alegada puesto que, como ya ha reconocido esta Sala (por todas, sentencia de 26 de abril de 2007, recurso de casación nº 8122/2002) aunque no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues "si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios -infracción del ordenamiento jurídico o ilegalidad genérica en los elementos reglados del acto- producido precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma...", lo cierto es que en el presente caso no resulta acreditado ni la Sala constata que los acuerdos recurridos persiguieran un fin subjetivo y distinto del fin público específico previsto por la norma habilitante.

Para finalizar, no cabe desvirtuar el contenido de los acuerdos recurridos sobre la base de lo dispuesto en el Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial, que no se encontraba vigente al tiempo en que éstos fueron adoptados ya que, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición final, su entrada en vigor se produjo a los veinte días de la fecha de su publicación en el BOE, lo cual tuvo lugar en el BOE nº 110, de 9 de mayo de 2011.

Por otra parte, conviene igualmente recordar que aparte de los supuestos en que, como en el presente caso, la suspensión cautelar es para el Consejo General del Poder Judicial, una obligación, éste, en el ejercicio de la función constitucional que le ha sido encomendada siempre tiene la posibilidad de decretar la suspensión cautelar mediante la apertura de un procedimiento disciplinario, a tenor de la previsión del artículo 383, apartado 3, aun cuando después haya de suspender la tramitación de dicho procedimiento, en caso de existir un proceso penal abierto por los mismos hechos” (FD 5º).

1.1.6.- Incompatibilidades.

1.1.6.1.- Docencia.

Doctrina de la Sala relativa al derecho de los miembros de la Carrera Judicial a compatibilizar su cargo con la docencia. Únicamente se podrá entender justificada la denegación cuando concurren circunstancias que menoscaben o imposibiliten el correcto ejercicio de la función jurisdiccional. STS de 12 de julio de 2010 (RC 79/2010)

“(…) En fin, la jurisprudencia sentada por la Sala a propósito de esta cuestión, especialmente en las sentencias de 10 de diciembre de 2002 (recurso 632/2000), 18 de diciembre de 2002 (recurso 1245/2000), las dos de 25 de febrero de 2003 (recursos 62/2001 y 1455/2000), 3 de marzo de 2003 (recurso 1348/2000), 31 de marzo de 2003 (recurso 496/2001), 22 de octubre de 2004 (recurso 101/2002), 17 de enero de 2005 (recurso 38/2002), 28 de junio de 2006 (recurso 166/2002) y 3 de octubre de 2006 (recurso 101/2003), confirma la solución a la que hemos llegado.

En efecto, de ella resulta que la denegación de la compatibilidad para preservar el cumplimiento por los miembros de la Carrera Judicial de sus funciones solamente estará justificada cuando concurren razones o circunstancias concretas que demuestren que la simultaneidad en el ejercicio docente puede impedir o menoscabar -- como dice el artículo 267 del Reglamento de la Carrera Judicial-- el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del juez o magistrado afectado”(FD 5°).

Denegación de compatibilidad. Derecho de los Magistrados a compatibilizar su cargo con la docencia salvo concurrencia de circunstancias concretas que aconsejen denegación. No concurrencia de dichas circunstancias. STS de 12 de julio de 2010 (RC 79/2010).

“(…) No hay duda de que el Consejo General del Poder Judicial puede trazar la política judicial que considere más conveniente, al igual que es plenamente autónomo para, dentro del respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico, orientar el ejercicio de sus potestades de gobierno del Poder Judicial según entienda que es más adecuado hacerlo desde la perspectiva de la más plena garantía de la independencia del Poder Judicial y de la mejor satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, objetivo al que no puede ser ajeno. Ahora bien, ese sometimiento al orden jurídico implica el respeto de los derechos, entre otros, de los miembros de la Carrera Judicial. Y sabemos que nos encontramos ante un derecho porque el propio acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial así lo ha dicho. Por tanto, en principio, el Sr. Urbano Castrillo tiene derecho a compatibilizar su puesto de magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo con la docencia. Se trata, pues, de ver si concurren las circunstancias que justifican el sacrificio de ese derecho en atención de bienes o intereses más importantes que así lo requieran.

De los requisitos a los que el propio acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial nos ha dicho que está sometida la concesión de la compatibilidad, es evidente que están cumplidos los relativos al horario, al deber de residencia y al límite de la dedicación. Es menester comprobar, por tanto, si han mediado realmente las que el Pleno del Consejo llama razones excepcionales, las cuales parecen consistir en que deben estar los magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo plenamente disponibles y en que debe seguirse también para ellos el criterio sentado por el Consejo para sus letrados.

Tal comprobación ha de hacerse sin perder de vista cuáles han sido los antecedentes ni qué datos ofrece el expediente administrativo. En particular, debemos tener especialmente presentes los siguientes extremos: (a) que la misma compatibilidad ahora denegada fue autorizada con anterioridad, curso tras curso durante varios años; (b) que no hay en el expediente informes desfavorables a su concesión: al contrario, el superior orgánico del recurrente, el Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal

Supremo dice expresamente que la autorización solicitada por el Sr. Urbano Castrillo no obstaculiza el ejercicio de sus funciones; (c) que, frente a ello, ni la Comisión Permanente ni el Pleno han aducido cambio alguno entre las circunstancias existentes cuando se concedieron las autorizaciones en cursos anteriores y las que se dan ahora, ni han señalado ninguna incidencia negativa de la dedicación docente del actor en sus funciones al servicio del Tribunal Supremo; (d) tampoco se ha explicado por qué se ha resuelto en contra del parecer del indicado informe ni por qué se ha procedido ahora de manera distinta a cómo se venía haciendo.

Pues bien, entendemos que, en este contexto, no basta para denegar la autorización pedida con invocar la capacidad del Consejo para establecer una determinada política judicial, ni con afirmar que es necesaria la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico. Tampoco basta la apelación a lo que se ha hecho con los letrados del Consejo General del Poder Judicial. Y no es suficiente porque, debemos insistir, se parte de un derecho a la compatibilidad y de una actuación previa del Consejo que, en circunstancias iguales a las de ahora, la había venido concediendo y de un expediente administrativo que ofrecía razones para concederla nuevamente y ninguna para denegarla. La mera invocación de una determinada política judicial y la apelación a la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico son insuficientes para justificar la decisión adoptada porque son afirmaciones genéricas que pierden su fuerza de convicción a causa del previo proceder del Consejo General del Poder Judicial en circunstancias que no han cambiado y ante el contenido del expediente. Por lo demás, la referencia al régimen de los letrados del Consejo no es válida porque ni se ha establecido que sea el mismo que el de los magistrados del Gabinete Técnico ni cabe desconocer el reiterado informe del superior orgánico del recurrente sobre la inexistencia de obstáculos a la solicitud relacionados con el ejercicio por el interesado de sus responsabilidades en el Tribunal Supremo.

[...]

la denegación de la compatibilidad para preservar el cumplimiento por los miembros de la Carrera Judicial de sus funciones solamente estará justificada cuando concurren razones o circunstancias concretas que demuestren que la simultaneidad en el ejercicio docente puede impedir o menoscabar --como dice el artículo 267 del Reglamento de la Carrera Judicial-- el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del juez o magistrado afectado. Pues bien, al margen de que esas independencia e imparcialidad no están en juego aquí, ya que el puesto que desempeña el Sr. Urbano Castrillo no implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la doctrina de esas sentencias es plenamente aplicable a este caso en el punto en el que afirman la insuficiencia de los argumentos genéricos e indeterminados para denegar una compatibilidad que en cursos precedentes se había venido concediendo.” (FD 4º y 5º).

En similares términos, STS de 12 de julio de 2010 (RC 77/2010).

Denegación a Magistrado de la renovación de la autorización de compatibilidad concedida para ejercer como profesor asociado en una Universidad. La finalización del horario de audiencia pública a las 12:45 horas no justifica la autorización de la compatibilidad para impartir docencia a partir de ese momento. El CGPJ puede apreciar si las necesidades del servicio exigen que el juez o

magistrado permanezca en el despacho oficial una vez finalizada la audiencia pública. STS de 4 de junio de 2012 (RC 220/2012).

“(…) Las normas, dice el artículo 3.1 del Código Civil deben interpretarse, en relación con el contexto y, también, atendiendo a la realidad social del tiempo en que hayan de aplicarse y a su espíritu y finalidad. Desde este punto de vista, no es comprensible la pretensión del recurrente. Aunque sea solamente un cuatrimestre y dos días a la semana, no puede sostenerse que se corresponda con esa realidad ni con el espíritu y la finalidad del artículo 329 del Reglamento de la Carrera Judicial, ni, mucho menos, con el conjunto normativo en el que se encuadran los preceptos indicados, el reconocimiento de su derecho a ausentarse del despacho a partir de las 12:45.

No son criterios de oportunidad los que han llevado al Consejo General del Poder Judicial a denegarle la compatibilidad pedida, sino la preferencia que ha dado al deber de todos los jueces y magistrados de atender las necesidades del servicio, deber establecido en el citado artículo 189 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que tiene una particular proyección sobre el tiempo de audiencia pública y sobre el deber de los miembros de la Carrera Judicial de asistir al despacho oficial. Necesidades que no pueden considerarse satisfechas mediante la presencia exclusivamente en esas cuatro horas diarias que, como mínimo, ha de durar la audiencia pública [artículo 10.3 a) del Reglamento 1/2005], sean o no frecuentes las solicitudes de atención de profesionales o del público (artículo 10.2 del mismo Reglamento), sino que requieren la presencia del juez o magistrado en su despacho oficial para resolver cualquier incidencia o consulta que pueda producirse, incluso, fuera de las horas de audiencia establecidas, en especial cuando concluyen a las 12:45 horas.

Y al Consejo General del Poder Judicial corresponde determinar en cada caso hasta donde llegan, desde el punto de vista temporal, las exigencias de esas necesidades del servicio, justamente como ha hecho en este caso. Su apreciación del alcance de las mismas --o sea, su afirmación de que requieren la permanencia del juez o magistrado en su despacho durante la mañana, incluyendo en ellas las 13:00 horas-- es plenamente razonable y ajustada a los preceptos antes recogidos, y, por esa razón, no lesiva de la seguridad jurídica. La circunstancia de que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y el Servicio de Inspección no se opusieran a la solicitud no conduce a una conclusión diferente ya que tal actitud no puede prevalecer sobre una interpretación de las normas realizada por el órgano de gobierno del Poder Judicial conforme a los criterios que ofrece el ordenamiento jurídico”(FD 4º).

1.1.6.2.- Ejercicio de otra jurisdicción.

Denegación de compatibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional como Magistrado con el de Vocal del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol. Interpretación del art. 389.1ª de la LOPJ. El ejercicio de cualquier jurisdicción ajena a la del Poder Judicial debe interpretarse como la resolución de cualquier controversia con criterios jurídicos. STS de 31 de marzo de 2011 (RC 123/2010).

“(…) Situados, pues, en este último nivel normativo en que se inserta el Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol, lo relevante para su caracterización jurídica es que se trata de un órgano que participa en el ejercicio de una función pública de carácter administrativo (Art. 30.2 L10/1990) delegada a dicha

federación, y que lo hace conociendo un recurso de apelación contra resoluciones de los órganos de instancia, aplicando toda la normativa jurídica-administrativa, a la que antes se ha hecho alusión. En otros términos, se trata de un órgano llamado a resolver controversias mediante la aplicación de normas jurídicas.

Creemos que el carácter privado del modo de designación de sus miembros debe ceder, a la hora de caracterizar la función que realiza, a la propia índole jurídico-pública atribuida a esa función por la misma Ley 10/1990 y sus citados reglamentos de desarrollo. No consideramos adecuada, por lo demás, la afirmación del recurrente de que el concepto de jurisdicción no forma parte de la Ley del Deporte, ni puede inferirse de su contenido, pues, aunque ello pueda decirse de la ley, si atendemos a su desarrollo, a través de los niveles que hemos destacado antes, es difícil negar que tal concepto "lato sensu" sea ajeno a una ordenación que califica los órganos mediante los que se ejerce la potestad disciplinaria respectiva como órganos "de justicia federativa" (Art. 21. E de la resolución antes citada). Si, pues, los órganos citados ejercen la función que hemos analizado, calificarla de "jurisdicción ajena del Consejo general del Poder Judicial", como ha hecho éste en la resolución recurrida, no puede decirse que violente en ninguna medida el sentido del art. 389.1 LOPJ, centrado en su propio contexto.

Al contrario, esa calificación resulta adecuada en una interpretación no solo lógica, como la expuesta, sino sistemática y teleológica, pues la idea de conjunto que refleja la enumeración de las diversas causas de incompatibilidad establecidas en el art. 389 LOPJ es la del establecimiento de un régimen muy estricto de incompatibilidades, y específicamente con todas aquellas situaciones que impliquen el ejercicio de una actividad jurídica, salvo la docencia o investigación.

De los nueve supuestos de incompatibilidad que se enumeran, cuatro de ellos persiguen ese fin de impedir conciliar la propia actividad jurisdiccional "stricto sensu", con "el ejercicio de cualquier jurisdicción ajena a la del Poder Judicial", "con los empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional", "con el ejercicio de la Abogacía y la Procuraduría" y "con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido". Se trata de agotar la salvaguarda de la independencia o imparcialidad del juez, cerrándole el paso al ejercicio de actividades jurídicas, que, bien de modo inmediato, bien en sus eventuales repercusiones ulteriores o en su apariencia externa, puedan ponerlas en riesgo o empañarlas. En esta relación sistemática de los distintos supuestos de incompatibilidad no tendría sentido, de dar al concepto discutido la interpretación que propone el actor, que si el mero asesoramiento jurídico les está vedado a los Jueces, pudieran sin embargo resolver aplicando normas de derecho, las controversias en las que se les veda poder asesorar" (FD 5°).

1.1.6.3.- Empleos en Juzgados y Tribunales.

Secretaría Judicial que accede a la condición de Magistrado por el denominado cuarto turno. Incompatibilidad entre dicho cargo y el de Secretario de Gobierno de Juzgados y Tribunales de Melilla. Opción por permanecer en este último cargo. Conformidad a derecho de la renuncia del nombramiento como Magistrada acordada por el CGPJ. STS de 16 de noviembre de 2009 (RC 3/2008).

"(...) Es cierto que no está expresamente prevista la solución que ha de darse al supuesto suscitado con motivo de la decisión que tomó la recurrente frente a su nombramiento, pues el artículo 390 del que se viene hablando no dispone que quien

opte por permanecer en el cargo incompatible en vez de asumir el judicial renuncia a este último. Sin embargo, esta conclusión se alcanza sin dificultad a partir de los preceptos que contemplan el acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocida competencia por la categoría de magistrado y las condiciones en que pueden pasar a la situación de excedencia voluntaria. Conclusión que no fuerza el tenor literal de ningún artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni, desde luego, conduce a resultados absurdos ni lesivos del principio de igualdad.

En efecto, el artículo 311.4 prohíbe que quienes sean nombrados magistrados por el camino seguido por la recurrente pasen a la excedencia voluntaria antes de completar el tiempo de servicios efectivos previsto en el artículo 356 c), que es de cinco años. Por eso, la obligación que impone el artículo 390.1 a quienes ejerciendo cualquier empleo, cargo o profesión incompatible fueren nombrados jueces o magistrados por ese cauce, se traduce en escoger entre el nombramiento judicial y la renuncia al mismo. Debe tenerse en cuenta a este respecto no sólo cuanto se acaba de decir a propósito de la excedencia. También es preciso reparar en que la Ley Orgánica del Poder Judicial resuelve la falta de opción entendiendo que equivale a la renuncia al cargo judicial. Es significativa la diferencia que supone respecto del artículo 10 de la Ley 53/1984 que atribuye al silencio del interesado la elección del nuevo puesto.

Asimismo, esta interpretación es coherente con el artículo 322.1 y 379.1 a) y no contradice el artículo 348 c) porque, como bien dice la Abogado del Estado, se limita a incluir, sin regularla, la situación de excedencia voluntaria como una de las que pueden ocupar los jueces y magistrados.

Por tanto, razones sistemáticas, lógicas y teleológicas, junto al respeto a la literalidad de los preceptos, que no se violenta, justifican la corrección jurídica de la decisión de la Comisión Permanente. Simultáneamente, sucede que la solución defendida por la recurrente, no sólo no está recogida en ninguno de los artículos que invoca, ni siquiera en el artículo 10 de la Ley 53/1984 [por lo demás no aplicable por existir reglas específicas en la Ley Orgánica del Poder Judicial], no sólo carece de apoyo jurisprudencial, sino que, asimismo, choca frontalmente con el tratamiento de la excedencia voluntaria de quienes ingresan en la Carrera Judicial como magistrados por el turno de juristas de reconocida competencia y conduce al absurdo apuntado por la Abogado del Estado.

Por último debemos decir que la pretensión subsidiaria tampoco puede ser acogida porque la Comisión Permanente, al tener por renunciada a la actora a su nombramiento judicial no hizo más que utilizar la fórmula prevista por el artículo 390.2. Fórmula cuyo significado explica el artículo 322.1: en este caso, la renuncia al cargo supone también la renuncia a la Carrera Judicial” (FD 4º).

1.1.6.4.- Intervención directa en Sociedades Mercantiles.

Incompatibilidad entre el cargo de Magistrado y el de presidente de una Fundación de una entidad financiera. Artículo 389.9 LOPJ. No cabe una interpretación del término sociedades o empresas mercantiles en su sentido más técnico, limitándolo a aquellas que tengan ánimo de lucro. La causa de incompatibilidad deberá resolverse caso por caso, atendiendo a la actividad y naturaleza de las sociedades o entidades, a fin de dilucidar si pueden incidir en la independencia judicial objetivamente. STS de 8 de febrero de 2010 (RC 316/2008).

“(...) 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” (FD 4°).

1.1.6.5.- Ejercicio previo de la Abogacía.

Cese en el puesto de juez sustituta. Decisión procedente por haberse apreciado correctamente la causa de incompatibilidad del art. 393 LOPJ (ejercicio de la abogacía en el juzgado donde se actúa en los dos años anteriores). STS de 29 de junio de 2012 (RC 60/2010).

“(…) La finalidad de la incompatibilidad contenida en el artículo 393 de la LOPJ no es salvaguardar la imparcialidad del Juez en procesos concretos, ya que el mecanismo legalmente previsto para lograr ese objetivo es la institución de la abstención/recusación.

La principal finalidad de dicha incompatibilidad es otra: asegurar la imagen externa de imparcialidad que todo Juez ha de ofrecer a la ciudadanía para que no quiebre la confianza social en la Administración de Justicia que, como reiteradamente ha declarado este Tribunal Supremo en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye un elemento esencial del modelo de Estado de Derecho; y debe añadirse, en esta línea, que lo pretendido con esa incompatibilidad es evitar la apariencia de la implicación del Juez en conflictos de intereses que, en un tiempo próximo al de su nombramiento y ejercicio judicial, hayan tenido lugar en el territorio donde tiene que desarrollar su jurisdicción, y ello con fin de que esa apariencia no despierte recelos o suspicacias en los ciudadanos que puedan destruir esa confianza cuya importancia acaba de subrayarse.

Desde la anterior premisa la principal argumentación desarrollada en la demanda debe ser rechazada.

El artículo 393.3 de la LOPJ no exige habitualidad ni una especial intensidad en el ejercicio de la Abogacía cuya incompatibilidad establece, lo cual significa que proclama esa incompatibilidad aun en los casos de ejercicio aislado y cualquiera que haya sido la entidad de la intervención profesional. Así resulta de la literalidad del precepto que, por otra parte, es conforme con esa finalidad de la incompatibilidad que antes se ha resaltado.

Por tanto, esa única intervención en el acto del juicio oral que directamente menciona el acuerdo es suficiente por sí sola para encarnar la incompatibilidad aplicada” (FD 4º).

1.1.7.- Retribuciones.

1.1.7.1.- Cuestiones procedimentales.

1.1.7.1.a) Legitimación.

Legitimación de las Asociaciones judiciales para recurrir acuerdos del CGPJ sobre retribuciones variables por objetivos. Interés profesional en defensa de la independencia económica de Jueces y Magistrados. STS de 8 de febrero de 2012 (RC 445/2010).

“(…) Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legitimación de la Asociación aquí recurrente para recurrir diversos Acuerdos adoptados por el Consejo General del Poder Judicial [así, en las sentencias de 5, 8 y 11 de febrero de 2010

(R.C.A. números 72/2005- F.D. 3º-; 65/07 -F.D. 3º- y 148/07 –F.D. 4º-) y 17 de mayo de 2011 (R.C.A. acumulados números 143/10, 156/10 y 226/10 –F.D. 9º-)].

La aplicación de la doctrina expuesta al caso actualmente sometido a decisión no resulta impedida por el hecho de que todas las sentencias mencionadas versaran sobre distintos nombramientos para cargos judiciales, pues, al igual que se afirmó en aquéllas, entre las actividades derivadas del interés profesional, característico de la Asociación de Jueces y Magistrados recurrente, que constituye el fundamento sustantivo de la legitimación activa, se encuentra sin lugar a dudas, la defensa de la independencia económica de los jueces y magistrados, así como procurar que aquéllos perciban sus retribuciones, entre ellas la retribución variable por objetivos contemplada en el artículo 2 y 7 y siguientes de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, en la forma y conforme a los principios establecidos en dicha Ley, razón por la que procede rechazar la causa de inadmisibilidad alegada” (FD 5º).

1.1.7.2.- Trienios.

Marco estatutario de Jueces y Magistrados. Reconocimiento del primer trienio de Juez. Cómputo servicios prestados como Juez en prácticas en la escuela judicial. Fecha de efectos económicos del reconocimiento del trienio: no desde la fecha de la reclamación de dichos servicios previos sino desde el momento en que se completó el tiempo de servicios necesarios para el trienio. STS de 10 de octubre de 2012 (RC nº 562/2011).

“(…) la cuestión a decidir se reduce a determinar cual sea el momento del nacimiento del derecho al trienio, en su contenido económico: si el establecido en la resolución del Consejo General del Poder Judicial recurrido, o el del momento en que concurrían los elementos del supuesto de hecho de la norma definitoria de ese derecho.

Para decidir tal cuestión, es preciso que partamos de unas consideraciones de carácter general relativas del estatuto jurídico de los Jueces.

Al respecto debe afirmarse que, sin perjuicio de su situación jurídica en su dimensión de integrantes de un poder del Estado: Poder Judicial, y de titulares del mismo, junto a ella existe otra dimensión de empleo público, que se expresa en una relación de carácter bilateral, cuyo régimen jurídico se establece legal y reglamentariamente. En esta segunda dimensión de su relación jurídica con el Estado los Jueces se hallan en una situación estatutaria de carácter objetivo, compuesta por un acervo de derechos y deberes establecidos de modo directo e inmediato por la normativa rectora de su estatuto. Tales derechos y deberes no están condicionados en su nacimiento por un determinado acto de reconocimiento del Consejo General del Poder Judicial, del que dependen a efectos gubernativos, sino que su nacimiento deriva exclusivamente de la concurrencia del supuesto de hecho de la norma definitoria de dichos derechos y deberes.

Tal situación estatutaria, de carácter muy singular es distinta de la situación en que puedan encontrarse en general los ciudadanos en sus relaciones con la Administración en virtud de la aplicación de normas de acción administrativa, en cuyo caso el acto administrativo de aplicación de dichas normas es elemento genéticamente imprescindible para el nacimiento del derecho del ciudadano.

En lo que podíamos calificar como dinámica de los derechos que se integran en el marco estatutario de la situación del Juez en cuanto parte de una relación de empleo público, el derecho nace, como ya hemos anticipado, directa y exclusivamente de la norma que lo define, cuando concurre el supuesto de hecho de la misma. El acto de reconocimiento por el órgano ad hoc de un determinado derecho integrado en un concreto estatuto rector de una relación de empleo público, no tiene el carácter constitutivo que es propio de otro tipo de actos administrativos, en los que se aplican normas de acción administrativa, sino meramente declarativos del derecho preexistente.

Por eso, que para el reconocimiento de un determinado derecho de un Juez sea precisa, en su caso, la instancia del interesado, si es que no se establece el reconocimiento de oficio por la Administración, no supone que sea ésta (en este caso el Consejo General del Poder Judicial) la que con su acto de reconocimiento complete el supuesto de hecho de la norma (Ley o Reglamento) definitoria del derecho, sino solo un elemento ligado a la efectividad del derecho, no a su momento de nacimiento.

Partiendo de estas consideraciones previas, y yendo ya al análisis de la cuestión suscitada sobre la reclamación de un derecho de contenido económico en cuanto a su alcance temporal, debemos partir del marco jurídico en el que ese derecho se sitúa. Al respecto sobre la base de la previsión abstracta de los arts. 402 y 403 de la LOPJ es la Ley 15/2003, reguladora del régimen retributivo en las carreras Judicial y Fiscal, la que desarrolló dichos preceptos orgánicos y de modo directo define los derechos económicos de los Jueces. En ella son los artículos 2, 3 y 4 los que deben ser considerados:

[...]

Es indudable que esas definiciones son inequívocas consagraciones de derechos, a los que deben aplicarse respecto a su nacimiento las consideraciones generales expuestas al principio.

La regulación de los trienios, no obstante, no resulta completa y cerrada en las normas citadas, sino que a ellas ha de adicionarse, en cuanto al tiempo computable a efectos del nacimiento del derecho a los trienios, lo establecido en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, cuyo ámbito de aplicación, según lo dispuesto en su artículo 1, incluye a los Jueces. Inequívocamente como derechos se califican los establecidos en la Ley en el artículo Primero 3.

La Disposición Adicional Primera no deja duda sobre la condición de “derechos individuales de naturaleza económica”, de los establecidos en la Ley.

Y de derechos económicos, por lo demás, habla el artículo único de la Ley 28/1980, sobre efectos de los derechos económicos establecidos por la Ley 70/1978 de 26 de diciembre sobre reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública.

Debe así afirmarse sin vacilación que el derecho económico de que se trata, cuyo supuesto de hecho es la prestación de servicios previos en otras Administraciones, es un derecho integrado en el estatuto del Juez, en cuanto empleado público, cuyo

reconocimiento no es en la dinámica del derecho un elemento constitutivo para su nacimiento.

[...]

Entendemos, en contra de la tesis del Abogado del Estado, que los supuestos de hecho necesarios en este caso para que se produzca el efecto favorable del acto de reconocimiento del trienio, se limitaban, como ya se dijo, a la prestación de servicios en el periodo computable y computado. Y ello sentado, debiera haber sido el art. 57.3 de la Ley 30/1992 el aplicado; por lo que el Acuerdo recurrido, al no aplicarlo, ha incurrido en el motivo de anulabilidad del art. 63.1 de la Ley 30/1992. Se impone así la estimación del recurso en los términos del Suplico de demanda, con la única matización de que, al no ser el Consejo General del Poder Judicial el organismo legalmente obligado al pago, no cabe pronunciarnos respecto a él la condena al pago, quedando satisfecha la obligación derivada del reconocimiento del derecho pretendido con la puesta en conocimiento del Organismo pagador de las retribuciones de los Jueces del deber de abonar al recurrente la cantidad reclamada” (FD 4º).

1.1.7.3. Retribuciones variables.

1.1.7.3.a) Plan de actuación para su distribución.

La decisión aprobando Plan de Actuación y criterios adicionales para su ejecución no es un acto de mero trámite. La exclusión en la percepción de dicha partida retributiva de Jueces y Magistrados que no estuvieran en servicio activo el día 1 de Enero de 2009 no encuentra justificación y es contraria al espíritu de las Retribuciones Variables. STS de 14 de diciembre de 2011 (RC 249/2011).

“(…) Dice el artículo 107 que “Contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento”.

Pues bien, si ponemos en relación la regulación contenida en dicho precepto con el acuerdo de la Comisión Permanente impugnado en alzada es de apreciar en el contenido del mismo dos regulaciones o aspectos claramente diferenciados. De un lado, la encomienda contenida en su punto 2 al Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial para que elaborara los listados de cumplimiento de objetivos con arreglo a los términos previstos en el Plan de Actuación y de otro, las decisiones de asumir el contenido de dicho Plan de Actuación para la distribución de la partida destinada al abono de las retribuciones variables previstas en la Ley 15/2003 y de aprobar criterios adicionales para la aplicación de su contenido, previstas en sus puntos 1 y 3, respectivamente.

Es innegable que el encargo dirigido al Servicio de Inspección se trataba de un mero acto de trámite no cualificado y como tal no susceptible de impugnación separada. Pero, tal y como vimos anteriormente, el acuerdo de la Comisión Permanente iba más

allá y aprobaba, además y con carácter previo a la encomienda de tal tarea, el Plan de Actuación a que debía ajustarse precisamente dicho Servicio en la elaboración de los listados de cumplimiento de objetivos así como otra serie de criterios de debida observancia para ello y, desde esta perspectiva, las alegaciones del recurrente deben ser estimadas porque dicho acuerdo de la Comisión Permanente constituía un acto impugnabile autónomamente por su naturaleza decisoria, aprobando los criterios y las pautas que determinarían la distribución de las retribuciones variables entre los miembros de la Carrera Judicial, condicionando necesariamente el proceso de confección de los listados de cumplimiento de objetivos y siendo susceptible, por tanto, de producir un perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos, generándole una situación de indefensión si se le vedara la posibilidad de recurso.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede anular el acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo del Poder Judicial de 27 de enero de 2011, al resultar contrario al ordenamiento jurídico su pronunciamiento de inadmisión del recurso de alzada promovido por el actor contra el acuerdo de la Comisión Permanente de 20 de julio de 2010.

SEXTO.- *Tras lo que acaba de razonarse, el litigio queda ya reducido a determinar si se ajusta a derecho la limitación del ámbito personal de aplicación que previó el Plan de Actuación acordado entre las Asociaciones Judiciales y el Ministerio de Justicia y asumió la Comisión Permanente en su acuerdo de 20 de julio de 2010, en relación con la distribución, para el año 2009, de la partida destinada al abono de las retribuciones variables previstas en la Ley 15/2003 y según la cual las partidas previstas para tal concepto retributivo únicamente fueran distribuidas entre los Jueces y Magistrados que se encontraren desempeñando funciones jurisdiccionales el día 1 de enero de 2009 .*

[...]

Pues bien, a juicio de esta Sala, se impone igualmente la estimación del recurso en relación con tal extremo pues no se ha aportado por el Consejo General del Poder Judicial, ni en fase administrativa ni judicial, motivación o argumentación de clase alguna que permita justificar la limitación temporal impuesta en lo que se refiere a la percepción de las retribuciones variables la cual, a juicio de la Sala, resulta contraria a derecho puesto que no existe razón para que sólo se valore el rendimiento de los Jueces y Magistrados en servicio activo desde el 1 de enero de 2009, no tomando en consideración el del resto de los integrantes de la Carrera Judicial que hayan ido incorporándose al servicio activo durante dicho año 2009, a pesar del efectivo ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Pero es que, además, se estima que dicha medida limitadora contradice la finalidad de tal medida retributiva, compadeciéndose mal con la equidad que, según la Exposición de Motivos de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, inspira el régimen retributivo de los miembros de la Carrera Judicial y que "(...) exige, por su parte, que la remuneración de jueces, magistrados y fiscales sea expresiva de la dedicación, responsabilidad, categoría y rendimiento individual en el desempeño de las funciones jurisdiccionales y fiscales" y con lo dispuesto en su artículo 7 que expresamente vincula dichas retribuciones variables por objetivos al rendimiento individual acreditado por cada juez o magistrado en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales" (FD 5º y 6º).

Asimismo, lo anteriormente argumentado se completa en STS de 10 de abril de 2012 (RC 570/2011).

“(…) Apunta el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su acuerdo de 30 de junio de 2011 que las razones de la exclusión de la percepción de las retribuciones variables de aquellos integrantes de la carrera judicial que no estuvieran en servicio activo desde el 1 de enero de 2009 radican, por un lado, en que el referido Plan de actuación estaba vinculado a programas relacionados con el despliegue de la oficina judicial y con los proyectos de modernización de la Administración de Justicia, los cuales requerían para su efectividad la participación completa, a lo largo de todo el año, de los Jueces y Magistrados que habrían de cumplir con tales programas. Asimismo, se aducía que si el recurrente no prestó servicios durante todo el año 2009 lo fue por una circunstancia sólo imputable a éste ya que la permanencia en la situación de servicios especiales dependía de su decisión libre y voluntaria.

Pues bien, ninguno de estos argumentos es susceptible de desvirtuar los razonamientos antes expuestos ni resultan compatibles con la finalidad de la medida retributiva que es objeto de análisis en el presente recurso. Pero es que, además, se contradicen en sí mismos ya que la medida de exclusión adoptada no asegura que únicamente fueran objeto de remuneración los Jueces y Magistrados que participaron de forma estable en el desarrollo y cumplimiento durante todo el año 2009 de los referidos programas a los que se vinculaba el Plan de actuación ya que, si bien es verdad que se dejaba fuera a los que no estuvieran en servicio activo el día 1 de enero de 2009, nada impedía que se retribuyera por este concepto a Jueces y Magistrados que, a pesar de comenzar el año en servicio activo, posteriormente pasaran a otra situación administrativa distinta de aquélla, voluntaria o involuntariamente, pudiendo darse incluso la paradoja que estos últimos pudieran acceder a los listados de cumplimiento de objetivos habiendo prestado menos tiempo de servicios durante el año 2009 que aquéllos. Asimismo, de la documentación aportada por el recurrente junto con su escrito de demanda y no rebatida de contrario por el Abogado del Estado, resulta significativo que tal limitación temporal impuesta para el año 2009 haya desaparecido del Plan de actuación correspondiente al año 2010, a pesar de que la percepción de retribuciones variables siga vinculada a los programas relacionados con el despliegue de la nueva oficina judicial y a los proyectos de modernización de la administración de justicia” (FD 5º).

En similares términos, STS de 15 de diciembre de 2011 (RC 233/2011); de 6 de junio de 2012 (RC 619/2011); de 7 de mayo de 2012 (RC 573/2011) y de 9 de abril de 2012 (RC 574/2011).

1.1.7.3.b) Consecuencias de la sentencia del Pleno de la Sala Tercera anulatoria del Reglamento 2/2003.

Inclusión de Magistrados en el Grupo IV del listado de cumplimiento de objetivos. Consecuencias de la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 2006, que anulo el Reglamento 2/2003, para los actos administrativos que lo aplicaron y que todavía no han adquirido firmeza. STS de 17 de febrero de 2009 (RC 102/2006).

“(…) A la vista de las actuaciones la cuestión ha de ser resuelta en sentido favorable a la postura defendida por la recurrente, dado que si la anulación del Reglamento de

Retribuciones 2/2003, declarada por la sentencia del Pleno de esta Sala, por resolución de 3 de Marzo de 2006, conforme al art. 73 de la Ley de esta Jurisdicción debe entenderse temporalmente efectiva al tiempo de la demanda y posterior sentencia que ahora se pronuncia, la inclusión en el referido grupo cuarto a efectos de cumplimiento de rendimientos, ha de quedar sin efecto al haber desaparecido las normas reglamentarias cuyo cumplimiento o seguimiento era inexcusable para la determinación de módulos que se cuestionaban.

Si se adopta otra conclusión respecto del momento temporal a que debían referirse los efectos anulatorios de la aludida sentencia del Pleno de la Sala, y se entiende que la normativa a considerar en la resolución judicial que ahora se dicta, es la que estaba en vigor el tiempo de los hechos delimitadores de la cuestión litigiosa, según los términos en que ésta se definió en el fundamento quinto de esta sentencia. Es decir, referidos los hechos al segundo semestre de 2004, y la actividad administrativa a revisar, de fecha igual o anterior a 25 de Enero de 2006 en que se dictó la resolución del Pleno del CGPJ, postura que parece mas conforme con el carácter revisor de esta jurisdicción contencioso-administrativa, igualmente la sentencia sería favorable a las tesis de la demandante, dado que es del todo inconsistente la razón que se da en el acuerdo del Pleno para desestimar la impugnación del anterior de la Comisión Permanente de 7 de Septiembre de 2005, que daba por resuelto el expediente contradictorio, ya que, en contra de lo que dice el CGPJ, no podía estimarse correctamente practicada la notificación del acuerdo de incoación del expediente contradictorio, pues no tenía lógica que se entendiera cumplido el requisito de que el medio utilizado para la comunicación -envío al órgano judicial en que servía la demandante- garantizara la recepción por la interesada, visto que consta en el expediente, y así se afirma por la actora en la demanda sin que ello sea objeto de contradicción, que al tiempo de la notificación, la demandante se hallaba de baja por enfermedad, disfrutando de la correspondiente licencia, hecho obviamente conocido por el CGPJ. Siendo claro que la defectuosa notificación había impedido la efectiva realización del expediente contradictorio reglamentariamente exigido. Lo que dejaba a la actora en una situación de indefensión” (FD 6º).

En similares términos, STS de 11 de mayo de 2009 (RC 200/2006) y de 7 de octubre de 2009 (RC 270/2006).

1.1.7.3.c) Dedución del tiempo en que no se pudo ejercer la función jurisdiccional por causas no imputables al Juez o Magistrado.

Cómputo de rendimiento a efectos de percepción de la retribución variable por objetivos. Exclusión de períodos de tiempo en que el Juez o Magistrado se ha visto imposibilitado de trabajar por circunstancias ajenas a su voluntad. Necesaria modulación de las previsiones contenidas en el artículo 9 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del Régimen Retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal. Supuestos de bajas por enfermedad o convocatorias de huelga de funcionarios de la Administración de Justicia. STS de 18 de noviembre de 2011 (RC 547/2010).

“(…) La cuestión litigiosa se limita a determinar si la huelga de funcionarios de Justicia que tuvo lugar en enero y febrero de 2008 puede tomarse en consideración a la hora de computar el rendimiento del primer semestre de 2008, es decir, si ha de descontarse ese período de tiempo.

El Artículo 9 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del Régimen Retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, a propósito de la retribución variable dispone lo siguiente:

"1. Los jueces y magistrados que en el semestre inmediatamente anterior hubiesen superado en un 20 % el objetivo correspondiente a su destino tendrán derecho a percibir un incremento no inferior al 5 % ni superior al 10 % de sus retribuciones fijas.

2. Los jueces y magistrados que en el semestre inmediatamente anterior no alcancen, por causas que les sean atribuibles, el 80 % del objetivo correspondiente a su destino percibirán sus retribuciones fijas minoradas en un 5 %, previo expediente contradictorio cuya reglamentación, trámite y resolución corresponderá al Consejo General del Poder Judicial".

La interpretación literal del precepto implica que, como se deduce del apartado 2, sólomente se toma en consideración la posible incidencia de causas ajenas a la voluntad del Juez cuando se trata de minorar sus retribuciones. Sin embargo, el reconocimiento del derecho al incremento retributivo no permite apreciar circunstancias ajenas a la actuación del Juez o Magistrado, de tal modo que, para conseguir aquel, se exige la superación del objetivo de rendimiento en un 20% en el período de seis meses.

Ahora bien, si se quiere que, tal y como y dice el art. 2.3 de la Ley, la retribución variable por objetivos remunere el rendimiento individual de los jueces y magistrados en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales, habrá que modular el sentido de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 9, porque puede suceder que concurren circunstancias de muy variada índole que impidan al Juez o Magistrado ejercer su actividad de forma ininterrumpida durante el período de seis meses impidiéndole así alcanzar el rendimiento del 20% sobre el objetivo asignado al órgano del que es titular.

Así lo ha venido entendiendo esta Sala, pues precisamente las sentencias de 3 de marzo de 2006, dictadas en los recursos 14/04 y 16/04, anularon el Reglamento 2/2003 para el cumplimiento de la Ley 15/2003, de 26 de Mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la carrera judicial, y lo hicieron al no haberse tomado en consideración la dedicación precisa para cada caso concreto como elemento imprescindible a fin de valorar el rendimiento individualizado de Jueces y Magistrados.

CUARTO.- La idea de atender al rendimiento individual en relación al período en el que se ejerce de manera efectiva la actividad jurisdiccional es la que ha sido tomada en consideración en las sentencias posteriores a la hora de resolver si determinadas situaciones, como la baja por enfermedad, podían tenerse en cuenta para valorar el objetivo del rendimiento.

En la sentencia de 23 de abril de 2007, rec. 295/04, se decía que:

"desde el punto de vista de la finalidad del régimen normativo descrito no se advierten razones para que los períodos de baja por enfermedad deban ser tenidos en consideración o descontados del cómputo para la determinación de los

supuestos en que no se alcanza el 80 por ciento del objetivo y la misma situación de baja por enfermedad no pueda en cambio ser tomada en consideración a la hora de determinar si se ha superado en al menos un 20 por ciento el objetivo de rendimiento. El período de enfermedad debe de tener en ambos casos la misma significación, esto es, como tiempo no computable a efectos de determinar el grado de cumplimiento del objetivo de rendimiento, pues no hay razón para que ese tiempo de baja se tome en consideración y se descuenta del cómputo a efectos de la minoración de retribuciones fijas y no se le atribuya en cambio relevancia cuando lo que se dilucida es el posible incremento variable".

En igual sentido, se pronunció la sentencia de 2 de diciembre de 2008, rec. 196/05.

Avanzando en esa interpretación, en la sentencia de 18 de abril de 2008, rec. 167/2005, se ha afirmado que:

"teniendo los módulos en su día anulados, una finalidad esencial de fomentar y premiar la dedicación profesional, no se puede interpretar de forma tan literal como hace el Consejo el cómputo del semestre, pues ello haría inútil, desde esta perspectiva, el esfuerzo de quienes objetivamente, por estar enfermos o por cualquier otra causa, como la fecha inexorable de jubilación, en ningún caso podrían alcanzar la suma correspondiente al semestre, cuando caben otras interpretaciones, como la proyección proporcional del período efectivamente trabajado, más acordes con dicha finalidad y con los principios de igualdad y no discriminación por motivos de sexo, recogidos en el artículo 14 de nuestra norma constitucional, pues en este caso sería la mujer exclusivamente la que cada vez que estuviera embarazada se vería impedida de alcanzar el premio de dedicación en uno o ambos semestres, e incluso con la normativa dirigida a lograr la conciliación familiar".

QUINTO.- Pues bien, si esta doctrina, que persigue vincular la obtención de un incremento retributivo a la consecución de unos objetivos de rendimiento individual se ha referido a situaciones de baja por enfermedad en las que el Juez afectado se ve imposibilitado de trabajar, con mayor razón lo ha de ser respecto de situaciones objetivas como las antes descritas o incluso que le vienen impuestas. Es lo que acontece en el caso aquí enjuiciado de la huelga de funcionarios de Justicia de enero y febrero de 2008, pues, en ella, el Juez se ve materialmente imposibilitado de dictar resoluciones, e incluso las actuaciones realizadas, por su carácter indispensable, no son de las que permiten ser computadas a efectos de la evaluación del rendimiento.

Esta interpretación, más acorde con los principios que inspiran la Ley 15/2003, en particular el de equidad que vincula la retribución al rendimiento individual, ha sido acogida también recientemente por el CGPJ que, mediante un acuerdo del Pleno 27 de enero de 2011, ha fijado el siguiente criterio:

"49. aprobar, como criterio interpretativo para la adopción de los acuerdos que corresponda, que en la aplicación de las fórmulas de distribución de las retribuciones variables, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, habrá de valorarse el rendimiento real de cada miembro de la carrera Judicial, siendo dicho rendimiento el que resulte de los períodos que, de modo efectivo se desarrolle la labor jurisdiccional, excluyéndose de dicho cómputo los períodos de disfrute legal de

licencias y permisos relacionados con el embarazo y la maternidad y, con carácter general, los relativos a la conciliación de la vida personal y familiar".

Se consolida, pues, la idea de que el cómputo del ámbito temporal a valorar ha de hacerse en relación al período en que de modo efectivo se realiza la actividad jurisdiccional, excluyéndose del cómputo los períodos en los que no se ha ejercido esta y, si bien es cierto que el acuerdo se limita a los supuestos antes descritos que son los que han sido examinados por esta Sala, no cabe duda de que entre ellos deben incluirse también cualesquiera otros que impidan el ejercicio de la actividad jurisdiccional por causas ajenas a la voluntad del Juez o Magistrado, como en este caso fue, la huelga de funcionarios que se llevó a cabo en el primer semestre de 2008" (FD 3º, 4º y 5º).

En idénticos términos, STS de 23 de junio de 2011 (RC 548/2010, 549/2010, 550/2010, 558/2010 y 560/2010) y de 30 de junio de 2011 (RC 557/2010).

1.1.7.3.d) Forma de valoración de las resoluciones judiciales.

No inclusión en los listados de cumplimiento de objetivos a efectos de percepción de la retribución variable. Discrepancia en la valoración de determinadas resoluciones judiciales. Se ha de estar a la verdadera naturaleza de las resoluciones, con independencia de su calificación formal. STS de 16 de junio de 2009 (RC 191/2006).

"(...) Aduce a este respecto que la razón de su manera de cumplimentar la declaración de rendimiento fue que, frente a lo que sucede en otras Audiencias Provinciales, en la de Zaragoza los procedimientos en materia de Vigilancia Penitenciaria finalizan por auto y no por sentencia; y que la singularización de estos autos de Vigilancia Penitenciaria ha estado dirigida a mantener para ellos la inferior puntuación asignada a las sentencias de apelación y no la superior establecida con carácter general para los autos sobre el fondo.

Y desde esas premisas censura la respuesta dada por el Consejo a su recurso de alzada por no considerarla convincente.

Con el anterior planteamiento del recurrente la oposición del Consejo deducida en el actual proceso no puede ser acogida.

Primero, porque lo decisivo es estar a la verdadera naturaleza de las resoluciones y no a la calificación formal que se les haya atribuido en la documentación tramitada a los efectos de estadística. Lo cual determina que, formuladas por los interesados dudas sobre esa documentación, es al Consejo a quien corresponde dilucidar esas dudas con los medios de comprobación a su alcance, por formar parte de su responsabilidad de gobierno la adopción de todas las medidas necesarias para que adquieran plena eficacia los derechos retributivos que, según el trabajo efectivamente realizado, tengan acreditado esos interesados" (FD 2º).

En idénticos términos, STS de 10 de junio de 2009 (RC 234/2006).

1.1.7.4.- Retribuciones por guardias.

Derecho de un Magistrado a percibir la retribución correspondiente a las guardias, lo mismo que la relativa a los otros conceptos retributivos, por periodo en que estuvo suspendido cautelarmente durante la tramitación del expediente de

jubilación finalmente archivado. La retribución por el desempeño de los servicios de guardia no tiene, en virtud de lo dispuesto en normas de superior rango normativo (LOPJ y Ley 15/2003), carácter de retribución complementaria. STS de 8 de febrero de 2012 (RC 326/2011).

“(…) De lo expuesto, podemos concluir, finalmente, a modo de recapitulación, que, si el desempeño del servicio de guardia es obligatorio para los Magistrados destinados en Juzgados de Instrucción, como lo es el Sr. Silva Pacheco, el citado desempeño forma parte, por tanto, de la función jurisdiccional que aquél ejerce, ejercicio del que se vio privado (artículo 361.2 de la LOPJ) en virtud de la suspensión provisional acordada por el Consejo General del Poder Judicial durante la tramitación del expediente de jubilación por incapacidad permanente, finalmente archivado.

Por ello, asimismo, las retribuciones a percibir por el citado Magistrado por la prestación del servicio de guardia forma parte integrante de sus retribuciones y, en definitiva, de sus derechos económicos, razón por la que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 364 de la LOPJ, referido al inicio del presente fundamento, el recurrente, según anunciamos con anterioridad, tiene derecho a percibir la cantidad reclamada en concepto de los servicios de guardia prestados, según el calendario preestablecido y público, por el Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid, del que era titular, durante el período en que permaneció en situación administrativa de suspensión provisional de funciones, circunstancia a la que, única y exclusivamente, responde la imposibilidad de la efectiva prestación del servicio por parte de aquél.

SEXTO.- Conviene precisar, por último, que no suponen obstáculos a la conclusión expuesta los argumentos aducidos por el Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, sobre la Orden PRE/1416/2003, de 3 de junio, y la falta de justificación de la cantidad efectivamente reclamada.

Respecto a los primeros, porque la retribución por el desempeño de los servicios de guardia no tiene, según hemos razonado en el precedente fundamento, en virtud de lo dispuesto en normas de superior rango normativo (LOPJ y Ley 15/2003), carácter de retribución complementaria, naturaleza con la que la conceptúa el apartado primero de la referida Orden, y a la que responde la argumentación desplegada por el representante de la Administración demandada.

Y además porque no cabe confundir el régimen jurídico de las retribuciones de los miembros de la Carrera Judicial, entre ellas la indicada retribución especial, con requisitos de carácter meramente instrumental exigidos, ordinariamente, para su devengo y efectivo abono, como lo es el contemplado en el apartado décimocuarto de la Orden citada, invocado por el Abogado del Estado, que si bien exige <<para la percepción del complemento de destino por servicio de guardia (...) la certificación del Juez Decano (...) de la realización de dicho servicio>>, lo es <<para su inclusión por la Habilitación que corresponda>>” (FD 5º y 6º).

1.2. JUECES SUSTITUTOS Y MAGISTRADOS SUPLENTE

1.2.1.- Cuestiones procedimentales.

1.2.1.1.- Legitimación

Falta de legitimación de magistrados titulares para impugnar los nombramientos de los magistrados suplentes para Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Inexistencia de derechos que pudieran resultar afectados por los nombramientos. La anulación de las plazas de Magistrado suplente no provocaría la transformación de éstas en plazas de plantilla de dicha Sala. STS de 7 de noviembre de 2011 (RC 241/2010).

“(...) Centrado el debate en los términos antes expuestos, el recurso debe ser desestimado pues entiende esta Sala que los recurrentes, tal y como apreció el Acuerdo de 24 de marzo de 2010, carecían de un interés legítimo para impugnar el Acuerdo de 14 de julio de 2009, no teniendo derechos que pudieran resultar afectados por éste.

La condición de interesado en cuanto titular de intereses legítimos afectados por las resoluciones cuya nulidad se postula viene siendo identificada por la jurisprudencia con la persona para la que derivan beneficios o perjuicios actuales o futuros, pero ciertos del acto impugnado, de manera que la anulación pretendida produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (por todas, sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 2008 (recurso de casación nº 2714/2004) y de 20 de julio de 2005 (recurso de casación nº 2037/2002).

Así las cosas, entendemos que los recurrentes, Magistrados titulares de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo nº 4, 9, 13 y 14 de Barcelona no ostentan interés alguno en el Acuerdo de la Comisión Permanente de 14 de julio de 2009 que, en el seno de un procedimiento administrativo encaminado a evaluar los méritos y la aptitud para el ejercicio del cargo de Magistrado suplente de los candidatos que hubieran decidido tomar parte en el concurso convocado a tal fin, al objeto de seleccionar a los más idóneos para ello, lo finalizó resolviendo, entre otros, el nombramiento de los Magistrados suplentes correspondientes al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y sin que tal preceptivo interés legítimo en dichos nombramientos pueda construirse sobre la base de considerar, tal y como pretenden los recurrentes, que esos nombramientos no son sino la culminación de una serie de irregularidades y deficiencias en que, a su juicio, viene incurriendo la Sala de Gobierno de dicho Tribunal y el Consejo General del Poder Judicial en la gestión de la plantilla de su Sala de lo Contencioso-administrativo para conseguir que, con dichos nombramientos, tales Magistrados suplentes queden adscritos permanentemente a la misma, en claro perjuicio a sus aspiraciones profesionales. Tal configuración fraudulenta del proceso de concurso para la selección y nombramiento de Magistrados suplentes además de absolutamente rechazable pretende que, por esta Sala, se haya de tomar en

consideración y se enjuicie la concreta previsión numérica de plazas de Magistrado suplente convocadas en relación con el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña así como las específicas adscripciones que se han venido realizando a favor de los Sres. García Pons, Gómez Ruiz y Morató Aragonés-Pamies a la Sala de lo Contencioso-administrativo, cuestiones éstas que quedan fuera del objeto del presente recurso.

Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala no existe derecho alguno de los recurrentes que pudiera resultar afectado por el mero hecho de que los Sres. García Pons, Gómez Ruiz y Morató Aragonés-Pamies fueran nombrados, entre otros, Magistrados suplentes en las plazas convocadas para el referido Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ni tampoco se aprecia, a contrario, ventaja de tipo alguno que los mismos pudieran obtener para el supuesto en que dichos nombramientos fueran anulados puesto que, en tal hipotético caso, ello no determinaría la transformación de las plazas de Magistrado suplente adscritas a la Sala de lo Contencioso-administrativo de dicho Tribunal en plazas de plantilla de dicha Sala, sino que el único efecto que tal anulación generaría es que aquéllas quedarán vacantes y necesitadas, por tanto, de ser cubiertas con nuevos candidatos”(FD 5º).

1.2.2.- Concursos.

1.2.2.1.- Criterio preferente: desempeño de funciones judiciales con aptitud demostrada.

Posibilidad del CGPJ de definir criterios de prioridad entre los solicitantes que reúnen los méritos preferentes definidos genéricamente por la LOPJ. El criterio de otorgar mayor valor al desempeño de funciones judiciales en un determinado ámbito territorial es razonable. STS de 16 de junio de 2009 (RC 511/2007).

“(…) Los artículos 201.3 y 212.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que se refiere a los nombramientos para los cargos de Magistrado suplente y Juez sustituto, efectivamente otorgan una preferencia para ser nombrados a quienes hayan desempeñado funciones judiciales o de Secretarios Judiciales o de sustitución en la Carrera Fiscal, con aptitud demostrada, o ejercido profesiones jurídicas o docentes, siempre que estas circunstancias no resulten desvirtuadas por su falta de idoneidad.

Pero esos preceptos legales, al igual que la base séptima convocatoria aquí litigiosa que los aplica, no establecen un orden entre esos méritos preferentes que enuncia, ni tampoco incluyen un concreto baremo para definitiva su evaluación o cuantificación.

Lo cual significa lo siguiente: que el mandato legal es terminante en cuanto a la preferencia excluyente que se ha de otorgar a esos méritos frente a otros de naturaleza distinta; pero habilita también a la Administración que ha de aplicarlos (los órganos de gobierno del Poder Judicial) a que, respetando esa preferencia excluyente, fije discrecionalmente los criterios que han de decidir la prioridad entre aquellos aspirantes que reúnan esos méritos preferentes.

Y el ejercicio de esta discrecionalidad deberá ser respetado cuando se haya ajustado al mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución).

CUARTO.- *Lo que antecede conduce a desestimar la impugnación que aquí ha sido planteada por don ONÉSIMO JOSÉ FRANCO MUÑOZ por todo lo que se indica seguidamente.*

La reseña que en el primer fundamento se ha hecho del procedimiento que fue seguido para efectuar los nombramientos aquí cuestionados, revela que la preferencia legal fue respetada y lo que se hizo fue establecer unos criterios para decidir la prioridad entre los solicitantes que acreditaban esos méritos preferentes.

Criterios que consistían, primero, en dar más valor a los cargos judiciales que a las experiencias de secretario judicial, fiscal o abogado; y, segundo, en atribuir, por lo que hace a la experiencia judicial, un superior valor a la continuidad de los que ya actuaban como sustitutos en Andalucía frente a los que lo habían sido en años anteriores, y un superior valor también al desempeño en Andalucía que al realizado en otros territorios.

Estos criterios han de considerarse justificados por ser razonables y, por lo mismo, no pueden ser calificados de arbitrarios.

Son justificados porque, por encima de los intereses individuales de los solicitantes, está el interés general que representa el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, y este último interés explica y justifica claramente el criterio seguido, que no es otro sino procurar que el desempeño temporal cause el menor número de perturbaciones.

Y teniendo como fin los jueces sustitutos suplir temporales ausencias de los jueces titulares, esa meta de evitar en la mayor medida posible perturbaciones durante la sustitución, se logra mejor dando más prioridad a la experiencia jurisdiccional que a la de Secretario Judicial o Fiscal, y prefiriendo también a quienes, por haber sido sustitutos en el inmediatamente anterior en el propio territorio de Andalucía, tienen un conocimiento más exacto y actual de la situación de los juzgados que temporalmente tienen que sustituir” (FD 3º y 4º).

1.2.2.2.- Mayor antigüedad.

Preferencia del mérito consistente en experiencia judicial. Antigüedad de los aspirantes en quien concurra dicho mérito. Aptitud demostrada. Inexistencia de informe favorable sobre ejercicio de funciones jurisdiccionales. STS de 27 de enero de 2010 (RC 514/2007).

“(…) El tercer argumento de oposición tampoco puede alcanzar éxito, por ser de reiterar los criterios que fueron seguidos en esas anteriores sentencias que antes se mencionaron (de 27 de abril de 2007, recurso 197/2003; 26 de marzo de 2008, Recurso 241/2004; 16 de febrero de 2009, recurso 235/2005; y 2 de noviembre de 2009, Recurso 296/2006) y constituidos por todo lo que se expresa a continuación.

Que estando acreditada esa mayor antigüedad en el desempeño de funciones judiciales alegada por el recurrente, y no constando ningún informe negativo sobre dicha experiencia jurisdiccional, ha de concluirse que la preferencia correspondiente a dicha circunstancia le debía haber sido reconocida al demandante.

Y que así procedía en aplicación de lo establecido en esa base séptima de la convocatoria que antes quedó transcrita, por ser la norma directamente ordenadora del concurso litigioso, pero, sobre todo, en aplicación de lo regulado en los artículos 201.3 y 212.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ-, pues estos preceptos, en lo que se refiere a los cargos de Magistrado suplente y Juez sustituto, otorgan una preferencia para ser nombrados a quienes hayan desempeñado funciones judiciales con "aptitud demostrada".

Ciertamente la principal consecuencia de la preferencia así dispuesta por la LOPJ es que, a los efectos de su valoración, no pueden ser colocados en un plano de igualdad el mérito consistente en la experiencia judicial y los méritos de naturaleza diferente que no tengan reconocida esa ventaja legal.

Pero hay una segunda consecuencia que es una derivación lógica de la singular importancia que la ley otorga a esa experiencia de que se viene hablando: que cuando concurren varios aspirantes, si no existe un informe negativo sobre las actuaciones jurisdiccionales que hayan desarrollado, ni tampoco concretos datos que permitan diferenciarlas en términos cualitativos, la mayor antigüedad deberá ser el criterio para decidir la prioridad entre ellos por ser el que más se acomoda a la voluntad del legislador.

Sobre esto último debe añadirse, en línea con la última doctrina sentada por esta Sala en materia de nombramientos no absolutamente reglados, que la genérica invocación a una puntuación no puede ser justificación suficiente para decidir la prioridad de los aspirantes. Debe constar tanto el baremo que haya sido seguido para aplicar esa puntuación, como las concretas circunstancias de los aspirantes que han sido ponderadas para llegar a dicho resultado.

QUINTO.- *Abundando en lo referente a esa "aptitud demostrada" a que el mismo texto legal condiciona la eficacia de la preferencia correspondiente al desempeño jurisdiccional, hay que reiterar de nuevo que su reconocimiento procede en todas aquellas personas cuyo desempeño jurisdiccional no haya merecido una valoración negativa en los informes que han de ser emitidos por los Presidentes de las Audiencias y los Jueces Decanos.*

Tampoco puede dejar de aludirse a la siguiente salvedad que el artículo 201.3 de la LOPJ incluye respecto de esa preferencia de que se viene hablando: "siempre que estas circunstancias no resulten desvirtuadas por otras que comporten su falta de idoneidad" ; y hay que referirse a ella para declarar que dicha salvedad tampoco justifica esa amplitud de valoración preconizada por el Abogado del Estado.

La anterior expresión legal no quiere decir que la preferencia correspondiente al desempeño judicial puede ceder ante méritos de índole distinta que puedan acreditar otros aspirantes al cargo de Juez sustituto que carezcan de experiencia judicial o la posean con menor duración temporal. Significa otra cosa. Significa que al titular de esa experiencia judicial le podrá ser denegada la preferencia cuando, respecto de él mismo, consten otras circunstancias que revelen su falta de idoneidad; es decir, la preferencia la neutralizan circunstancias del propio interesado, no méritos de otros aspirantes". (FD 4º y 5º).

Sobre cuestiones similares, STS de 30 de septiembre de 2011 (RC 176/2010) y de 27 de enero de 2010 (RC 514/2007).

1.2.3.- Nombramientos.

1.2.3.1.-Denegación por falta de aptitud o idoneidad.

1.2.3.1.a).- Informes genéricos e indebidamente justificados.

Denegación de prórroga de nombramiento de Jueza sustituta. Intrascendencia del informe del Juez Decano que niega la idoneidad de la Jueza sustituta con afirmaciones de carácter general, sin la debida concreción y sin soporte objetivo. Reconocimiento del derecho a la prórroga. STS de 7 de mayo de 2012 (RC 266/2011).

“(…) hemos de hacer unas consideraciones previas sobre los criterios que han de presidir el ejercicio de las potestades que deciden esta clase de nombramientos, y que no hacen sino recordar que, por tratarse del acceso a funciones públicas, rigen también en ese ejercicio los postulados constitucionales de igualdad, mérito y capacidad e interdicción de la arbitrariedad (artículos 9.3, 23.2 y 103 CE).

Asimismo debe subrayarse que una derivación de tales postulados impone que la exclusión que en tales nombramientos se haga de cualquier persona que haya desempeñado con anterioridad las funciones de Juez sustituto ha de estar claramente apoyada en datos objetivos y, asimismo, ha de justificar debidamente que ha estado regida por pautas rigurosas de imparcialidad y objetividad.

A este respecto el presente recurso guarda una sustancial similitud con el que resolvimos en las Sentencias de 9 de diciembre de 2009, dictadas en los recursos núm. 255/2004, 548/2007 y 326/2006, que reconocieron el derecho del allí recurrente a ser nombrado Juez sustituto en los años judiciales 2004/2005, 2005/2006 y 2006/2007, en contra de lo acordado por la Sala de Gobierno del TSJ de Madrid, en su reunión de 10 de mayo de 2004, que renovó en el cargo de los Jueces Sustitutos a quienes venían desempeñando funciones como tales, excepto al recurrente, a la vista del informe desfavorable emitido por la Magistrado-Juez Decana del Partido de Leganés. En la primera de las Sentencias mencionadas, la recaída en el recurso nº 255/2004, decíamos lo siguiente:

«Desde la premisa que significa todo lo anterior, debe decirse que, habiendo estado basada la exclusión del recurrente en ese controvertido Informe de 27 de octubre de 2003 de la Juez Decana de Leganés (pues en él se apoyo, primero, la Sala de Gobierno para su propuesta y, más tarde, el Consejo para su decisión de no nombrar al demandante), el examen de las actuaciones no permite dar validez jurídica al mencionado Informe por lo siguiente:

1.- Su contenido, en lo que se refiere a las imputaciones sobre las incorrectas relaciones mantenidas con el Secretario, los funcionarios y los profesionales, son meros juicios de valor sin la debida concreción y sin el necesario soporte objetivo, porque no se detallan de manera circunstanciada los hechos singulares que pudieran merecer esa descalificación que sólo en términos genéricos es enunciada.

La insuficiencia de señalamientos se mueve en similares términos abstractos, al faltar un detalle de los datos estadísticos correspondientes a cada juzgado en el período a que se refiere la censura (el segundo trimestre de 2002) y, en consecuencia, también los elementos que resultan inexcusables para hacer una rigurosa comparación entre la actuación que fue seguida por el demandante y la que siguieron las personas que como titular o sustituto desempeñaban los otros juzgados.

Y la ralentización procesal igualmente atribuida, al estar referida a tan solo dos actuaciones, sin constancia, por otra parte, de su nivel de dificultad y de las particulares circunstancias de la tramitación, tampoco es elemento bastante para fundar solo en ella un juicio de descalificación profesional con las importantes consecuencias que de él se han derivado (...)" (FD 7°).

Sobre similar cuestión, STS de 9 de diciembre de 2009 (RC 255/2004).

1.2.3.1.b).-Suspensión provisional de funciones.

Denegación de nombramiento por cuanto al tiempo de resolverse la convocatoria el recurrente se encontraba suspendido provisionalmente de funciones como consecuencia de seguirse contra él un procedimiento penal, posteriormente sobreseído. Conformidad a derecho del acuerdo porque a la fecha de su resolución no era idóneo para tal nombramiento. STS de 24 de febrero de 2010 (RC 594/2008).

"(...) La cuestión no es, como pone de relieve la demandada si concurrían en el recurrente méritos para ser nombrado, sino si existía, en el momento de resolver el concurso, una situación que impedía su nombramiento, y ha de aceptarse que es conforme a derecho el acuerdo recurrido, pues el recurrente estaba suspendido en sus funciones de Juez en virtud de lo dispuesto en el artículo 383.1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El artículo 201, apartado 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que tendrán preferencia quienes reúnan determinadas condiciones, siempre que estas circunstancias no sepulten desvirtuadas por otras que comporten su falta de idoneidad.

Teniendo en cuenta que el nombramiento es anual, es evidente que quien esta suspendido en sus funciones judiciales no es idóneo, en el momento de la resolución del proceso selectivo, para ejercer las funciones judiciales durante dicho periodo. Todo ello, sin perjuicio de que, de levantarse la causa de la suspensión acordada en su día, como sostiene el recurrente, aunque no la ha acreditado, pudiera solicitar el nombramiento por vía de urgencia, o participar en su caso en procesos de nombramiento posteriores. Sin embargo el enjuiciamiento del acto ha de hacerse atendiendo a la fecha de la resolución, y a las circunstancias existentes en dicho momento, habiéndose ajustado plenamente al ordenamiento jurídico la resolución ahora impugnada" (FD 3°).

1.2.3.1.c).- Relación de parentesco.

No nombramiento de Juez sustituto para un partido judicial atendida la relación de parentesco que le unía con Juez Decano. Improcedencia. El deber de abstención del Juez Decano en todos aquellos asuntos de su competencia que incidan sobre los

Jueces sustitutos no hacen inidóneo al recurrente. STS de 2 de julio de 2012 (RC 4/2012).

“(…)Expuestas así las posiciones de las partes, debemos abordar el enjuiciamiento de este recurso tomando como punto de partida - tal y como han hecho los distintos órganos que han ido interviniendo en este proceso referido a la prórroga de los nombramientos de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos en el ámbito territorial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y que, en lo que se refiere a la prórroga del recurrente como Juez sustituto en el ámbito provincial de A Coruña, ha concluido con el acuerdo del Pleno que se impugna en las presentes actuaciones.

En el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 25 de enero de 2011, no se apreciaba la concurrencia de causa de inidoneidad para el ejercicio de la función jurisdiccional del recurrente como consecuencia de la actuación llevada a cabo por éste en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña , si bien se requerían determinados informes a la Sala de Gobierno del citado Tribunal Superior de Justicia, por si, atendida la relación de parentesco que unía al Juez Decano de dicha localidad con el hoy recurrente y conforme a lo prevenido en los artículos 389 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y Reglamento 1/2000 e Instrucción 1/2003, el recurrente sólo podía ser llamado para el ejercicio de funciones en partidos judiciales distintos del de A Coruña.

Aunque no resulta ilógico inferir que la relación de parentesco existente entre el recurrente y el Decano generaba una situación objetiva que condicionaba la necesaria imparcialidad que debe revestir la actuación de éste, atendido el posible interés, directo o indirecto, que el Decano pudiera tener en todos aquellos asuntos de su competencia relacionados con los Jueces sustitutos, imposibilitando su conocimiento, lo cual resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 9 del Reglamento 1/2000 – preceptos que el recurrente estima aplicables al presente caso, ello justificaría en su caso, el deber de abstención del Juez Decano, pero no convierte en inidóneo al recurrente, alegando una “suerte de incompatibilidad”, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico”(FD 5º).

1.2.4.- Llamamientos.

1.2.4.1.- Criterios: turno rotatorio.

Criterio para el llamamiento de jueces sustitutos. Orden de puntuación. Criterio preferente pero no excluyente del llamamiento del resto de candidatos que figuren en la lista. Turno rotatorio. STS de 7 de noviembre de 2011 (RC 228/2010).

“(…) Por otro lado, tampoco cabe compartir las conclusiones que extrae el recurrente de la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 2008, en las que procedimos a anular los anteriores criterios para el llamamiento de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos adoptados por la Sala de Gobierno del referido Tribunal Superior de Justicia por cuanto prescindían del criterio del llamamiento según la puntuación establecido por el artículo 212.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El recurrente basa toda la argumentación de su recurso partiendo de una premisa, la de que el referido criterio del llamamiento según la puntuación ha de erigirse en criterio preferente y excluyente, en todo caso, del resto de jueces sustitutos que figuren en la lista, de manera que, prevista una sustitución, los llamamientos siempre habrán de recaer en aquél que,

figurando con mayor puntuación en la lista, no tenga llamamiento efectuado para los días o el período de tiempo que aquélla comprenda. Sin embargo, dicha tesis no se compadece con la esencia que, a juicio de esta Sala, debe presidir el sistema de llamamientos de Jueces sustitutos por lista el cual lleva ínsita la idea de rotación o turno rotatorio de manera que, si bien los llamamientos deberán tener en cuenta, en principio, dicho criterio - sin perjuicio de otras instrucciones o criterios que puedan dictar las Salas de Gobierno - recayendo así en el sustituto que mayor puntuación presente, dicha preferencia habrá de desplegar sus efectos sobre la primera de las sustituciones que se produzca, quedando inoperante en las sucesivas, hasta tanto no hubieran entrado en el turno de llamamientos el resto de los sustitutos relacionados en la lista, momento en el cual volverá a entrar en juego” (FD 5º).

1.2.4.2.- Limitaciones.

Imposibilidad de limitar el llamamiento de un Juez sustituto exclusivamente a los días de señalamiento. El llamamiento debe extenderse a todo el período que abarque la ausencia del Juez titular. STS de 10 de julio de 2012 (RC 595/2011).

“(…) La cuestión que se suscita en el actual proceso es la de si, planteada la necesidad de sustitución de un Juez titular de un determinado Juzgado, por concurrir alguno de los supuestos del art. 207 de la LOPJ, la necesidad originada por el supuesto de que se trate; esto es, el vacío ocasionado por la ausencia del Juez titular, puede, en principio, no ser considerada en su unidad, sino descomponerse en días: unos de posible sustitución por un Juez titular de otro Juzgado, conforme a lo dispuesto en los arts. 210 y 211 de LOPJ; y otros mediante el llamamiento de un Juez sustituto, conforme a lo dispuesto en el art. 212 LOPJ, limitando en este caso el llamamiento del Juez sustituto exclusivamente a los días en que existan señalamientos hechos por el Juez titular del Juzgado ausente.

Si se acepta tal posibilidad, y habida cuenta que la función jurisdiccional del Juez sustituido, según lo dispuesto en el art. 212.1 LOPJ, se refiere a "las funciones inherentes a su Juzgado", resultará que la de dictar las sentencias y demás resoluciones correspondientes a los referidos señalamientos, (que es precisamente la función jurisdiccional más genuina, y para cuyo cometido las leyes procesales establecen unos plazos posteriores a la vistas, de diferente duración según los casos) o bien quedará fuera del límite temporal de los días de los señalamientos y por tanto la sustitución no cubriría tal función; o bien las resoluciones, para estar cubiertas por la sustitución por el Juez sustituto, deberán dictarse en el mismo día de los señalamientos; o bien deberán ser dictadas en el plazo que corresponda por quien, pese a haber intervenido en las vistas de los procesos objeto de los señalamientos, carece ya en ese tiempo de potestad jurisdiccional.

En el primer caso, si la sustitución no cubre la función de dictar las correspondientes sentencias y resoluciones, carecería de sentido la sustitución y además no sería conforme a lo dispuesto en el art. 212.1, pues el sustituto no desempeñaría "las funciones inherentes a su Juzgado", sino exclusivamente una de ellas. Ello a parte de que la función no atendida por el sustituto deberá serlo por otro Juez, que no podrá dictar sentencia en asuntos que no ha visto, por lo que será necesario proceder a nuevo señalamiento. Lo que pone de manifiesto la absoluta inutilidad de la sustitución, y la inadecuación a derecho de una interpretación de la Ley con arreglo a la cual el fin legal para el que se establece la sustitución no se

alcanza. Estaríamos, pues, ante una interpretación contraria a la finalidad de la ley, que no se ajustaría a la pauta interpretativa que fija el art. 3.1 Código Civil.

En el segundo caso; esto es, en el de que las resoluciones debieran dictarse por el Juez sustituto en los mismos días de los señalamientos, se impondría al sustituto un deber de celeridad para el dictado de las resoluciones, sin la más mínima base legal para ello, y una alteración directamente ilegal del plazo para dictar dichas resoluciones, solución que, por contraria a la ley, debe rechazarse.

Finalmente en el tercer caso el hecho de que quien dictase la resolución careciera de potestad jurisdiccional haría contraria a derecho la resolución dictada por él, por lo que la alternativa referida, que es precisamente la que en este caso está en cuestión, resulta rechazable. En modo alguno podría pretenderse cubrir esta alternativa, en una especie de forzada analogía, por lo dispuesto en el art. 256 de la LOPJ, pues está claro que tal previsión, alusiva a los supuestos de Jueces o Magistrados que pierdan su jurisdicción en el órgano jurisdiccional en el que hubieran participado en la vista de un pleito, se refiere a miembros de la Carrera Judicial, que no es el caso de los Jueces sustitutos.

Esta tercera solución, aparte de por el vicio radical que se ha señalado, resultaría además contraria a la equidad, pauta de obligada consideración en la aplicación de las normas, conforme a lo ordenado por el art. 3.2 de CC, pues no es admisible que quien es llamado para prestar un servicio jurisdiccional, que con arreglo a la ley debe ser remunerado (art. 212.3 LOPJ), resulte no serlo por el cometido más comprometido del mismo, tanto en cuanto al esfuerzo laboral que conlleva, como a las responsabilidades que en él pueden contraerse.

El análisis de las consecuencias que conllevan cada una de las alternativas a que conduce el hecho de que se llame a los Jueces sustitutos exclusivamente para los días de los señalamientos, cuando surge la necesidad de sustituir a un Juez, en vez de para la cobertura de todo el tiempo que abarca la necesidad de sustitución, con arreglo a la interpretación sistemática de los preceptos legales referidos en relación con la finalidad legal de la sustitución y con el principio de equidad (art. 3.1 y 2 CC) lleva a la conclusión de que tal limitado llamamiento es contrario a derecho, y a la de que el llamamiento debe extenderse a todo el periodo de la ausencia del Juez titular” (FD 4º)

1.2.5.- Ceses por falta de idoneidad o aptitud.

1.2.5.1.- Falta de competencia de la Comisión Permanente del CGPJ.

Incompetencia de la Comisión Permanente del CGPJ para acordar el cese por falta de aptitud o idoneidad de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos. Competencia del Pleno del CGPJ. Inexistencia de delegación de la competencia. STS de 3 de octubre de 2012 (RC 2/2012).

“(…) Entrando ya en el fondo de las cuestiones controvertidas en el presente recurso y siguiendo un orden lógico para su análisis, comenzaremos abordando la pretensión esgrimida por el demandante en el fundamento octavo de su escrito de demanda en la que propugna la nulidad del Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General

del Poder Judicial de 17 de agosto de 2011 con base en lo dispuesto en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992.

El artículo 131.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción actual, conferida por la Ley Orgánica 16/1994, de 26 de noviembre, atribuye a la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial las siguientes competencias:

“3. Decidir aquellos nombramientos de Jueces y Magistrados que, por tener carácter íntegramente reglado, no sean de la competencia del Pleno, acordar la jubilación forzosa por edad de los mismos, resolver sobre su situación administrativa y disponer el cese de los Magistrados suplentes y de los Jueces sustitutos por el transcurso del plazo para el que fueron nombrados o por alcanzar la edad de setenta y dos años”.

De la lectura de dicho artículo se desprende que la competencia para acordar el cese de los Magistrados suplentes y de los Jueces sustitutos por falta de aptitud o idoneidad para el ejercicio del cargo no se encuentra dentro de las que expresamente y en relación con dicho personal vienen atribuidas por la referida Ley Orgánica a la Comisión Permanente.

No obstante lo anterior, se podría pensar que la referida competencia viniera conferida en los artículos 201.5.d) de la Ley Orgánica y 103.1.d) del Reglamento 2/2011, toda vez que el Acuerdo recurrido dice dictarse con base en dichos preceptos. Sin embargo, cuando acudimos a su texto únicamente nos encontramos con una referencia genérica a que tal cese se dispondrá por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, previa una sumaria información.

Si ponemos en relación todo lo anteriormente expuesto con la previsión contenida en los apartados 7 y 12 del artículo 127 de la Ley Orgánica, que atribuyen al Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por un lado, la competencia para acordar la separación y jubilación de los Jueces y Magistrados en los supuestos no previstos en el artículo 131.3 y, por el otro, cualesquiera otras funciones que correspondan al Consejo y que no se hallen expresamente atribuidas a otros órganos del mismo, podemos concluir afirmando que la competencia para acordar el cese por inidoneidad o falta de aptitud para la funciones del cargo de un Juez sustituto corresponde al Pleno del Consejo General del Poder Judicial y no a la Comisión Permanente por lo que la Comisión Permanente habría adoptado una resolución para la que no era competente.

No existe ninguna indicación en el Acuerdo de la Comisión Permanente recurrido que refiera que se adopta en el ejercicio de competencias delegadas ni dicha información obra en ninguno de los documentos que componen el expediente administrativo y aunque es cierto que esta Sala y Sección en sentencia de 9 de julio de 1999 (recurso nº 558/1996) y ante similar motivo impugnatorio entendió que la aludida incompetencia quedaba salvada atendida la existencia de una delegación del Pleno en la Comisión Permanente de la competencia de nombramiento de los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, se estima que no cabe mantener el criterio fijado en el referido precedente toda vez que, sin necesidad de entrar en determinar si la competencia es o no delegable, la delegación del Pleno a la Comisión Permanente para el ejercicio de la competencia de nombramiento de los Magistrados y Jueces sustitutos no puede extenderse al de su cese, debiéndose respetar el alcance y contenido de lo

expresamente delegado dado que estamos ante competencias distintas e independientes, como lo demuestra el hecho de que, mientras el nombramiento de los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, es competencia exclusiva del Pleno, la competencia para acordar el cese de los mismos recae, según los casos, bien en el Pleno, bien en la Comisión Permanente” (FD 6º).

1.2.5.2.- Naturaleza de la información sumaria: no es un procedimiento sancionador.

Cese de Juez sustituto. Información sumaria regulada en artículo 201.1.5.d) LOPJ no es procedimiento sancionador. STS de 3 de mayo de 2011 (RC 131/2010).

“(…) Conviene recordar como ya se ha pronunciado esta Sala en su Sentencia de 9 de julio de 1999 (recurso contencioso-administrativo nº 558/1999) que la información sumaria regulada en el artículo 201.5.d) de la LOPJ, no tiene la naturaleza de un procedimiento sancionador, ni pueden por tanto aplicársele las normas propias del mismo, toda vez que como se mantenía también en la Sentencia de 18 de octubre de 2004 (recurso contenciosos-administrativo nº 127/20029, con cita de la anterior: “El procedimiento que se ha observado en este caso no conduce a la imposición de ninguna sanción. Se dirige exclusivamente a constatar si se dan o no las condiciones de aptitud o idoneidad para el ejercicio del cargo en la persona a la que se ha confiado, en cuanto Juez Sustituto, el ejercicio de la potestad jurisdiccional y su alcance se contrae a dejar sin efecto un nombramiento temporal en el caso de que se compruebe esa carencia” (FD 2º).

1.2.6.- Retribuciones.

1.2.6.1.- Retribuciones básicas: componente de antigüedad

Derecho a percibir el componente de antigüedad dentro del concepto de retribuciones básicas. Se precisa el desempeño de tres años de servicios efectivos en el ejercicio de los cargos de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos. Interpretación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999. Ilegalidad de los artículos 5 y 6 del Real Decreto 431/2004. STS de 8 de noviembre de 2012 (Cuestión de ilegalidad nº 1/2012).

“(…) El problema que se suscita en esta cuestión de ilegalidad radica en decidir si la exclusión del componente de la antigüedad prevista en los artículos antes referidos de las retribuciones correspondientes a Magistrados suplentes, Jueces sustitutos y Fiscales sustitutos resulta contraria a la Directiva 1999/70/CE.

Y para resolver esta cuestión, lo primero que habrá que verificar es si dicho personal está comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Para ello, resulta de interés destacar lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el personal estatutario temporal de un Servicio de Salud autonómico, en su sentencia de 13 de septiembre de 2007, caso Adriana, apartados 25 a 30, cuando decía que:

[...]

También se ha de hacer reseña de lo razonado para el personal interino al servicio de una Administración, en este caso autonómica, en la sentencia de dicho

Tribunal de 22 de diciembre de 2010, caso Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, que en los apartados 39 y 40 decía que:

[...]

Trasladando dichas consideraciones al presente caso, esta Sala estima que los Magistrados suplentes, Jueces sustitutos y Fiscales sustitutos se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación personal de dicha Directiva al concurrir los dos componentes que viene exigiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que tal aplicabilidad resulte procedente ya que, por un lado, la cuestión controvertida en la instancia versaba sobre la situación de este colectivo profesional en comparación con la del personal de carrera integrante de la Carrera Judicial y Fiscal y, de otro, porque, esta Sala tiene reiteradamente declarado que en los Jueces y Magistrados deben distinguirse dos diferentes facetas: la de poder judicial, como titulares de la potestad jurisdiccional y la de empleado público, en cuanto profesional ligado al Estado por una relación estatutaria definida por normas de derecho público.

Y en lo que respecta a esta última faceta de los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos y a la conceptualización que nos debe merecer, esta Sala y Sección en sentencias de 2 de julio de 2001 y 21 de octubre de 2003, recaídas en cuestiones de ilegalidad nº 486/2000 y 7/2002, respectivamente, ha considerado que los Magistrados suplentes y los Jueces sustitutos que no desempeñaban sus funciones por tiempo superior a un mes debían calificarse como personal interino al servicio de la Administración de Justicia, siendo razonamientos y argumentos perfectamente trasladables a la naturaleza y función desarrollada por los Jueces sustitutos que desempeñan sus funciones durante más de un mes ininterrumpidamente y al conjunto de los Fiscales sustitutos. Precisamente, esta configuración y la estimación de las referidas cuestiones de ilegalidad es lo que determinó que la totalidad de este colectivo profesional - Magistrados suplentes, Jueces sustitutos y Fiscales sustitutos - se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación previsto en el apartado 2 del artículo 1 del Real Decreto 960/1999, de 13 de julio, por el que se integró en el Régimen General de la Seguridad Social al personal interino al servicio de la Administración de Justicia.

A juicio de esta Sala, el hecho de que, ocasionalmente, este colectivo realice, previo llamamiento, tareas tan relevantes como el desempeño de un cargo judicial o el ejercicio de las funciones propias del Ministerio Fiscal no constituye razón suficiente, en sí misma considerada, para su exclusión del ámbito de la Directiva, toda vez que, en principio, no se vislumbra la manera en que la aplicación de ésta pueda quebrantar las garantías constitucionales de independencia, inamovilidad, responsabilidad, sometimiento a la Constitución y a la Ley y exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional que caracterizan esa otra faceta que distinguíamos en los Jueces y Magistrados, ni tampoco lesionar o incidir en la misión constitucionalmente encomendada al Ministerio Fiscal ni en los principios que rigen el ejercicio de sus funciones.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala estima que los Magistrados suplentes, Jueces sustitutos y Fiscales sustitutos están incluidos en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70/CE.

CUARTO.- *Y adentrándonos ya en el contenido de la Directiva, la cláusula cuarta dice así:*

" Principio de no discriminación (cláusula 4)

1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*

3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas".

En relación con dicha cláusula, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia antes referida de 22 de diciembre de 2010, señaló en los apartados 78 a 81 que:

[...]

Pues bien, trasladando estos razonamientos a la resolución de esta cuestión de ilegalidad, debemos partir de que el artículo 403, apartado tercero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé como uno de los conceptos integrantes de las retribuciones básicas de los Jueces y Magistrados de carrera la remuneración de su antigüedad en la Carrera Judicial, previsión que ha sido desarrollada por la Ley 15/2003, de 26 de mayo, en su artículo 4, apartado 2. Por el contrario, los artículos 201 y 212 de la Ley Orgánica del Poder Judicial remiten al Reglamento la regulación de las retribuciones de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, siendo que, como vimos, el reglamento a tal fin adoptado y, más en concreto, los artículos 5.4.a) y 6.a) del Real Decreto 431/2004, excluyen toda posibilidad de remunerar a Magistrados suplentes, Jueces sustitutos y Fiscales sustitutos por la antigüedad en el desempeño efectivo de tales cargos.

Resulta preciso, si queremos mantener la legalidad de tales previsiones reglamentarias, encontrar la justificación en que amparar esa diferencia de trato, tal y como exige dicha cláusula cuarta. A falta de toda explicación por parte de la Administración, no aprecia esta Sala que concurren razones o motivos en que ampararla. No existe diferencia en la naturaleza de las tareas que el colectivo formado por los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, por un lado, y los Fiscales sustitutos, por el otro, llevan a cabo en los casos en que efectivamente son llamados a realizar sustituciones con las que desempeñan los miembros de la Carrera Judicial o Fiscal a los que sustituyen. En este sentido, de las previsiones contenidas en los artículos 201, 212 y 298 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende que tanto los Magistrados suplentes como los Jueces sustitutos, en los períodos de tiempo en que, ocasionalmente son llamados para el desempeño de sus cargos, ejercen la función pública que tienen encomendada, en este caso la jurisdiccional, sin pertenecer a la Carrera Judicial y en igualdad de derechos y deberes que los Magistrados y Jueces titulares de un Tribunal o Juzgado, ejerciendo la jurisdicción con idéntica amplitud que si la ejercieran éstos. Por su parte, los Fiscales sustitutos desempeñan, tal y como

establece el Real Decreto 326/2002, de 5 de abril, las funciones propias del Ministerio Fiscal, conforme a las directrices del Fiscal Jefe respectivo, estando sometidos al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones que el previsto para los fiscales de carrera y resultándoles de aplicación supletoria el régimen jurídico previsto para Magistrados suplentes y Jueces sustitutos por estar así previsto en la Disposición adicional cuarta de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Descartada la existencia de diferencias atinentes al contenido de la función desarrollada por los Magistrados suplentes, Jueces sustitutos y Fiscales sustitutos en relación con la desempeñada por el personal de carrera y no constituyendo la naturaleza temporal y esporádica de su relación de servicio, por sí sola, una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, como antes expusimos, no podemos sino concluir afirmando que los artículos 5.4.a) y 6.a) del Real Decreto 431/2004 se oponen a las previsiones del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, dotada de efecto directo.

Y a lo anterior no obsta, la invocación de los dos precedentes de esta Sala que hace el Abogado del Estado, por cuanto los razonamientos contenidos en la sentencia de 20 de diciembre de 2010, transcritos en su integridad en la de 12 de abril de 2012, no resultan aplicables al presente caso ya que resuelven una controversia distinta a la que se dirimió en el proceso que ha motivado el planteamiento de la presente cuestión de ilegalidad puesto que en la litis que dio lugar a la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2010 la parte actora consideró discriminatoria la denegación del reconocimiento de trienios por las funciones desarrolladas como Juez sustituta sobre la base de comparar tal situación, no con la de los Jueces y Magistrados de carrera, sino con la otros colectivos como eran el de los funcionarios interinos al servicio de la Administración y, por otro lado, el de la de los Secretarios judiciales sustitutos y los funcionarios interinos al servicio de la Administración de Justicia.

QUINTO.- *En consecuencia, procede declarar la ilegalidad de los artículos 5.4.a) y 6.a) del Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo, por el que se regulan las retribuciones previstas en la disposición transitoria tercera de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, en la medida en que excluyen de las retribuciones básicas a percibir por Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, por un lado, y Fiscales sustitutos, por el otro, el componente de la antigüedad, el cual les deberá ser abonado por cada tres años de servicio efectivo en el ejercicio de tales cargos.*

Para el cómputo de estos años de servicio efectivo únicamente se deberán tener en cuenta los períodos de tiempo en que, al resultar precisa una sustitución y previo llamamiento, tales cargos han sido efectivamente desempeñados por los Magistrados suplentes, Jueces sustitutos y Fiscales sustitutos” (FD 3º, 4º Y 5º).

1.2.6.2.- Retribuciones variables.

Derecho de un Magistrado suplente a la inclusión en los listados para la percepción de retribución variable por cumplimiento de objetivos. El Plan de Actuación no los excluye expresamente. STS de 7 de mayo de 2012 (RC 528/2011).

“(…) El argumento que, en definitiva, utiliza el CGPJ para desestimar la solicitud de la recurrente de que se la incluyera, o bien en el Listado o bien en el Anexo, o en la forma

que se considere legalmente procedente, de modo que tras el cumplimiento de los trámites procedimentalmente previstos, se le reconociera el derecho al cobro de la retribución variable correspondiente al año 2009 prevista en la Ley 15/2003, de 26 de mayo, se contiene en el Fundamento Quinto del Acuerdo recurrido.

En dicho Fundamento se razona que el Acuerdo suscrito entre el Ministerio de Justicia y las Asociaciones Judiciales excluye de su ámbito de aplicación a los Jueces sustitutos y Magistrados suplentes, y que la percepción de retribuciones variables se vinculaba a programas relacionados con el despliegue de la nueva oficina judicial, así como con los proyectos de modernización de la administración de justicia, objetivos para los que es razonable la plena dedicación profesional durante todo el periodo temporal en que dicho plan de actuación ha de tener operatividad; esto es, a lo largo del año 2009, y que los Jueces sustitutos y los Magistrados suplentes no reúnen las condiciones objetivas establecidas en el plan de actuación, cuya efectividad exige la participación completa a lo largo de todo el año en los cometidos fijados por el plan, y que es indudable que ni Jueces sustitutos ni Magistrados suplentes tiene participación alguna en el despliegue de la oficina judicial y en los proyectos de modernización de la administración de justicia, pues su cometido profesional se proyecta exclusivamente sobre la función jurisdiccional.

En primer lugar debemos indicar que la recurrente solicitó que se le incluya en el Listado de Magistrados o bien en un Anexo independiente de Magistrados suplentes. En segundo lugar debemos destacar que el Acuerdo de 20 de julio de 2010, que establece el Plan de Actuaciones para la distribución entre los miembros de la Carrera Judicial de las cantidades presupuestarias asignadas en concepto de retribuciones variables durante el año 2009, en contra de lo que sostiene el CGPJ, no excluye expresamente a los Jueces y Magistrados sustitutos, sino solamente a los Magistrados del Tribunal Supremo, a los Jueces y Magistrados en situación de servicios especiales o en comisión de servicios en Órganos no judiciales y a los Jueces y Magistrados en situación de licencia de larga duración. Y en tercer lugar, debemos poner de relieve, que la recurrente prestó sus servicios durante todo el año 2009. Y por último, debemos afirmar que, si bien es cierto que el Plan de Actuación vincula la percepción de las retribuciones variables a los programas relacionados con el despliegue de la nueva oficina judicial, y proyectos de la Administración de Justicia, esta actuación se concreta en el número total de sentencias dictadas por el Juez y Magistrado, que es lo que en definitiva certificó el CGPJ a los Jueces y Magistrados titulares, pues en los listados no se certificaba ninguna otra actuación relativa a estos otros objetivos” (FD 5º).

Sobre idéntica cuestión, STS de 31 de mayo de 2012 (RC 488/2011).

“(…) Tiene razón el recurrente en que la exclusión de los Jueces sustitutos carece de fundamento normativo.

La Ley 15/2003, en su disposición transitoria tercera, viene a establecer una habilitación al Gobierno, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 212.3 de la LOPJ, para establecer las normas reguladoras en esta materia. Esta habilitación fue ejercitada por el antes mencionado Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo, y el artículo 5 de esta norma reglamentaria reconoce a los Jueces sustitutos el derecho a

las retribuciones variables sin más condicionamiento que "hubiesen realizado sustituciones durante todo el semestre anterior".

Pues bien, frente a lo tan claramente establecido en ese precepto reglamentario, y en contra de lo que sostiene el Consejo, no puede prevalecer ese Acuerdo entre el Ministerio de Justicia y las asociaciones judiciales de 20 de julio de 2010 de que se ha venido hablando porque, cualquiera que sea la naturaleza que se le atribuya, lo cierto es que como instrumento normativo está jerárquicamente subordinado al Real Decreto 431/2004 y, por ello, no puede establecer limitaciones o condicionamientos que no hayan sido dispuestas por este último.

Además de lo que antecede, es de reiterar lo que ya esta Sala ha declarado en sentencias anteriores (entre otras, la de 14 de diciembre de 2011, dictada en el recurso 249/2011) en relación con ese tan repetido Acuerdo entre el Ministerio de Justicia y las asociaciones judiciales de 20 de julio de 2010: que sus medidas limitadoras contradicen el concepto retributivo de que aquí se trata y se compadecen mal con la equidad que, según la Exposición de Motivos de la Ley 15/2003, inspira la retribución variable.

Este designio de equidad lo hace explícito en la siguiente declaración:

"La ley incorpora uno de sus elementos más novedosos en la regulación de las retribuciones variables por objetivos, cuya disciplina se establece en el capítulo III. Este segundo componente de la remuneración de los miembros de la carrera judicial atiende específicamente al rendimiento individual acreditado por cada juez o magistrado. Un sistema retributivo justo no puede ser indiferente al cumplimiento especialmente eficaz de las obligaciones profesionales y a la agilidad en el despacho de los asuntos, parámetros que ponen de manifiesto el grado de satisfacción de la demanda social de calidad en la prestación de servicios" (FD 4º).

1.3.- JUECES DE PAZ.

1.3.1.- Nombramientos

No se advierten incompatibilidades en la persona nombrada. El control de la Sala de Gobierno ha de limitarse a comprobar la concurrencia de los requisitos a los que está sujeto el nombramiento y no se extiende a la mayor o menor aceptación que pueda tener la juez de paz entre los vecinos ni a las circunstancias relativas al procedimiento seguido por la corporación municipal para el nombramiento. STS de 5 de marzo de 2012 (RC 234/2011).

"(...) En lo que hace a la cuestión de fondo, la desestimación del recurso de alzada es conforme al ordenamiento jurídico pues en materia de nombramientos de jueces de paz y de su régimen jurídico ha de estarse, además de a las normas que les dedica la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 101 a 103), al Reglamento 3/1995. Y, por lo que se refiere a sus incompatibilidades, efectivamente, están sujetos a las generales de los miembros de la Carrera Judicial pero no, según el artículo 102 de ese texto legal, a las relativas al ejercicio de actividades profesionales o mercantiles. Por otro lado, el preámbulo del Reglamento 3/1995 explica a este respecto, para justificar su regulación sobre la cuestión, que

"Se ha entendido por el Consejo General, atendiendo a un criterio de razonable flexibilidad que, por un lado, la escasez de la suma con que se retribuye al Juez de Paz le obliga a dedicarse a otra actividad para poder subsistir y que, por otro, lo fundamental es que la otra actividad que el Juez de Paz desempeñe sea en esencia compatible con el cargo, teniendo en cuenta la finalidad a que atienden las incompatibilidades, que no es otra que la de evitar toda suerte de interferencia que pudiera afectar a la independencia del Juez a la hora de ejercer su función".

Por eso, su artículo 14.2 declara su compatibilidad con la docencia y con

"El ejercicio de actividades profesionales o mercantiles que no impliquen asesoramiento jurídico de ningún tipo y que, por su naturaleza, no sean susceptibles de impedir o menoscabar su imparcialidad o independencia ni puedan interferir en el estricto cumplimiento de los deberes judiciales".

Pues bien, en este caso no se ha acreditado que las actividades profesionales o mercantiles de la nombrada sean de la naturaleza de las que proscribire este precepto ya que el establecimiento de una residencia para la tercera edad o la condición de apoderada en las sociedades mercantiles a las que se refiere la recurrente no tienen por qué producir el impedimento o menoscabo mencionados. La mayor o menor aceptación que pueda tener la juez de paz entre los vecinos no es relevante jurídicamente y las circunstancias relativas al procedimiento seguido por la corporación municipal para nombrarla, no son materia que deba controlar la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia. Ese extremo, al igual que cuanto se aduce sobre la modificación del Plan General de Ordenación Urbana han de ser, en su caso, objeto del control judicial previsto sobre los actos de la Administración Local, tal como hemos dicho, entre otras, en la sentencia de 2 de noviembre de 2010 (recurso 403/2009), invocada por el Abogado del Estado. Y la alegada participación de la Sra. Escura Seres como candidata en las elecciones municipales de 2003 no impide su nombramiento en un momento posterior porque cuando tiene lugar no realizaba ninguna actividad incompatible.

En este caso, la Sala de Gobierno ha de limitarse a comprobar la concurrencia de los requisitos a los que está sujeto el nombramiento y, como no concurrían causas de incapacidad ni incompatibilidad, fue ajustado a Derecho el acuerdo por el que procedió al nombramiento de la Sra. Escura Seres e, igualmente, fue conforme a Derecho el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que confirmó su legalidad" (FD 4º).

En similares términos, STS de 2 de noviembre de 2010 (RC 403/2009).

"(...) Efectivamente, el recurso debe ser desestimado porque la intervención de los órganos de gobierno del Poder Judicial en el nombramiento de los jueces de paz se limita a la comprobación de la concurrencia en los elegidos por el pleno municipal o, como en este caso, por la Asamblea Vecinal, de las condiciones de capacidad y elegibilidad que han de poseer los jueces y magistrados. De este modo, conforme al artículo 101 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y su desarrollo reglamentario (artículos 8 y 9 del Reglamento de Jueces de Paz), la Sala de Gobierno territorial, recibido el acuerdo municipal en el que consta la elección de un candidato por mayoría absoluta, verifica que cumple los indicados requisitos y expide el

nombramiento. Esta es la única actuación susceptible de ser revisada en alzada ante el Consejo General del Poder Judicial.

El recurrente plantea sin embargo, defectos en la formación de la Asamblea Vecinal que procedió a la elección y en su desarrollo que quedan fuera del limitado ámbito al que se extiende el control de legalidad que corresponde a la Sala de Gobierno y al Consejo. Son, por el contrario, extremos que debieron ser combatidos, como dicen el acuerdo impugnado y la contestación a la demanda, jurisdiccionalmente (...)" (FD 4º).

1.3.2. - No valoración del tiempo de servicios a efectos de trienios.

El tiempo de servicios prestados como Juez de Paz no computa a efectos de perfeccionamiento de trienios como funcionario de carrera. Ausencia de profesionalidad en las funciones correspondientes al cargo de Juez de Paz. STS de 10 de julio de 2012 (RC 559/2010).

"(...) la cuestión suscitada en el actual proceso jurisdiccional es si el desempeño de funciones de Juez de Paz puede ser incluido dentro de los servicios prestados a la Administración Pública cuyo reconocimiento, a los efectos del perfeccionamiento de trienios, regulan esa Ley 70/1978 y ese Real Decreto 1481/1982 que antes han sido mencionados.

Su decisión lo que exige es tomar en consideración las ideas o principios básicos que están presentes en dichas normas y decidir si se ajustan a ellos las notas que caracterizan a los Jueces de Paz; y, desde esta premisa, la respuesta tiene que ser contraria a la tesis de la parte recurrente por todo lo que sigue:

1.- En el artículo 1 de la Ley 70/1978 hay una clara idea de profesionalidad en esos servicios cuyo reconocimiento se establece, esto es, de que se trata de actividades que son idóneas para servir de medio de subsistencia a quien las lleva a cabo.

Así resulta de lo que establece su apartado dos cuando circunscribe tales servicios a los que lo hayan sido en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) o en régimen de contratación administrativa o laboral; pues, en el primer caso, debe recordarse que la profesionalidad es un elemento de la definición legal de funcionario (así aparecía en el artículo 1 del texto articulado de 1964 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, vigente cuando se aprobó la Ley 70/1978); y, en el caso de la contratación administrativa o laboral, la onerosidad que es inherente a una u otra modalidad de contrato remite a la misma finalidad de que ha de tratarse de servicios por los que se reciba como contraprestación su adecuada retribución económica.

Y así resulta también de lo que se regula en el apartado uno del artículo 2 del mismo texto legal, porque, para establecer la valoración del trienio que haya de ser reconocido, la equivalencia que se dispone lo es con los trienios que correspondan al "Cuerpo, Escala, plantilla o plaza con funciones análogas"; es decir, la asimilación se hace con destinos funcionariales y, por ello, caracterizados por esa misma profesionalidad.

2.- Los Jueces de Paz, según la configuración que de ellos hacen los artículos 99 y siguientes de la LOPJ, no forman parte de la carrera judicial, por lo que falta en

ellos la nota de profesionalidad que es inherente a dicha carrera; y este dato es el que precisamente diferencia de forma principal a quienes desempeñan ese cargo de los restantes Jueces y Magistrados que sí pertenecen a esa carrera, y el que explica el distinto régimen jurídico establecido en la LOPJ para unos y otros.

4.- Esa falta de la nota de profesionalidad en las estrictas funciones correspondientes al cargo de Juez de Paz la confirma la posibilidad del ejercicio de actividades profesionales o mercantiles que, a diferencia de lo establecido para los miembros de la carrera judicial, les reconoce el artículo 102 de la LOPJ.

Así ha de ser considerado porque, de un lado, ello equivale a aceptar que la de Juez de Paz es una dedicación que no es válida para encarnar un adecuado medio de subsistencia y, de otro, esa posibilidad se traduce en la práctica inaplicación de gran parte de las incompatibilidades previstas en el artículo 389 de esa misma LOPJ.

5.- Tal ausencia de profesionalidad se confirma también si se tiene en cuenta el alcance de las funciones que, pese a ser jurisdiccionales, corresponden a los Jueces de Paz. Ciertamente han de resolver conforme a Derecho (en virtud de la general sumisión al ordenamiento jurídico que proclama para todo poder público el artículo 9.1 CE, y de la específica sumisión al imperio de la ley que establece para todos los Jueces y Magistrados el artículo 117.1 del mismo texto constitucional), pero, al permitir el artículo 102 de la LOPJ que sean nombrados quienes no sean licenciados en Derecho, se está reconociendo que sus cometidos están referidos a aplicaciones e interpretaciones jurídicas que por su elementalidad no requieren la titulación académica que resulta inexcusable en las profesiones jurídicas.

6.- Esa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ha sido invocada sólo produce efectos de cosa juzgada para quien fue parte accionante en el proceso donde fue dictada y, por no merecer la consideración de jurisprudencia de conformidad con lo establecido en el artículo 1.6 del Código Civil, su criterio no es vinculante para este Tribunal Supremo” (FD 3º).

1.4.- RESTO DE PERSONAL AL SERVICIO DEL CGPJ.

1.4.1.- Personal funcionario: complemento de adecuación de la antigüedad.

Inexistencia de derecho a que los efectos retributivos de la modificación del complemento de adecuación de antigüedad se retrotraigan a un momento anterior al del acuerdo de modificación. Pretensión dirigida contra un acto firme y consentido. No procede la igualdad de trato por no darse una identidad de situaciones. Diferente régimen estatutario del personal funcionario y del personal eventual. Inexistencia de quiebra del principio de igualdad retributiva. STS de 6 de junio de 2012 (RC 78/2012).

“(…) lo que se discute en el presente recurso es, en síntesis, si la denegación a la demandante, personal funcionario de carrera que presta servicios en el Consejo General del Poder Judicial, de su solicitud de que se retrotrajeran los efectos retributivos de la modificación del complemento de adecuación de antigüedad aprobada por acuerdo del Pleno de 24 de marzo de 2010, se ajusta o no a derecho.

Como vimos, el único fundamento esgrimido por la hoy demandante para tal pretensión, fue la retroacción que, sin embargo y para el personal eventual del Consejo,

el propio Pleno acordó en relación con el complemento personal equivalente que les fue reconocido a modo de retribución complementaria por antigüedad.

Pues bien, siendo que el acuerdo del Pleno de 24 de marzo de 2010 no sólo se limitó a aprobar la modificación del importe de dicho complemento de adecuación de antigüedad sino que también estableció la fecha a partir de la cual tal modificación iba a surtir efectos económicos, fijándose en el 1 de enero de 2010, la demandante pudo y debió, si estimaba que existían disfunciones en el devengo de dicho complemento anteriores a esta fecha, o bien hacerlas valer en cualquier momento desde que éstas tuvieron lugar, cosa que no ocurrió, o bien haber promovido el correspondiente recurso frente al acuerdo del Pleno de 24 de marzo de 2010, lo que tampoco hizo, encontrándonos, por tanto, ante una pretensión que pretende modificar lo ya resuelto en un acto firme y consentido, tal y como acertadamente señala el Abogado del Estado.

Pero es que, no obstante lo anterior, tampoco podemos aceptar que estemos ante una identidad de situaciones que deba determinar la pretendida igualdad de trato. Es una evidencia, que no precisa de excesivas argumentaciones, que el vínculo que une al personal funcionario y al personal eventual con la Administración presenta diferente naturaleza, siendo también diferentes los elementos que lo definen y configuran, no estando, por ello, sujetos a un mismo régimen jurídico como lo demuestra el hecho de que la propia Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, señale en el apartado 5 de su artículo 12, referido al personal eventual, que “Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”.

Tampoco podemos admitir la tesis de la demandante cuando viene a sostener que, hasta el acuerdo del Pleno recurrido en las presentes actuaciones, ningún órgano del Consejo rechazó la aplicación del principio de igualdad retributiva, incluida la antigüedad, entre todo el personal que presta servicios en el mismo, con independencia de su carácter estatutario, bien fueran funcionarios de carrera o personal eventual, funcionarios de la Administración General del Estado o de la Administración de Justicia. De la sucesión de acuerdos relacionados en la demanda, se llega, precisamente, a la conclusión contraria. En efecto, el complemento de adecuación aprobado el 19 de julio de 2001 a fin de dar cumplimiento a dicho principio, únicamente iba referido a puestos de trabajo de la Relación de Puestos de Trabajo del Consejo cuya cobertura fuera indistinta para funcionarios de la Administración de Justicia y del resto de Administraciones Públicas, con lo que, en principio, sólo a ellos era aplicable. Nada pues se decía del personal eventual. Y al dejar el anterior acuerdo expresamente excluidos los trienios, ello determinó que un nuevo acuerdo, el de 12 de marzo de 2003, aprobara el devengo de un complemento de adecuación de antigüedad, con efectos de 1 de enero de 2003, si bien únicamente previsto para los funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de la entonces vigente Ley 30/1984.

Y llegamos así, al acuerdo de 24 de marzo de 2010, que, tras modificar el importe del anterior complemento de adecuación de antigüedad, señala expresamente en su punto 2 que el mismo no será de aplicación a quienes desempeñen puestos de carácter eventual, salvo la excepción que expresamente contempla para los casos de personal funcionario que desempeñe los mismos.

Por tanto, antes de los acuerdos del Pleno de 21 de junio de 2010 y los que le sucedieron, el personal eventual, a diferencia de lo que acaecía en relación con el

personal funcionario del Consejo, no tenía reconocida su antigüedad, lo cual sólo se produce, tras la reclamación de los interesados y mediante el reconocimiento de su derecho a percibir un complemento salarial por antigüedad, por aplicación directa de la Directiva del Consejo 1999/70, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, como expresamente refiere el Pleno en todos los acuerdos adoptados en relación con dicho personal. La existencia de tal Directiva y los términos del clausulado del Acuerdo Marco que anexa constituyen pues la razón que llevó al Consejo General del Poder Judicial a conferir tal derecho retributivo, antes inexistente, al personal eventual y la controvertida retroacción de efectos que, en relación con tal derecho, contempla el acuerdo de 28 de abril de 2011, a falta de mayores precisiones y justificaciones en las actuaciones, bien pudiera obedecer a la proyección del plazo de prescripción de las obligaciones previsto en la Ley General Presupuestaria en el período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para transponer dicha directiva a su derecho interno (10 de julio de 2001) y la fecha en la que dicho personal eventual dirigió su reclamación de reconocimiento de su antigüedad al Consejo.

Lo anteriormente razonado, hace que deba descartarse la vulneración del principio de igualdad así como la del resto de principios invocados, en concreto, del de confianza legítima y seguridad jurídica puesto que ni se da la pretendida identidad de situación jurídica ni el Consejo General del Poder Judicial ha dejado de ser coherente con el planteamiento de igualdad retributiva entre el personal funcionario a su servicio que ha guiado el contenido de los sucesivos acuerdos que, en relación con este personal, ha venido adoptando y sin que lo resuelto para el personal eventual con base en lo dispuesto en una Directiva comunitaria cuyo objeto era aplicar un Acuerdo Marco sobre condiciones de trabajo de los trabajadores con contrato de duración determinada pueda resultar trasladable al personal funcionario que, a diferencia de aquél, sí venía percibiendo trienios así como, según los casos, un complemento de adecuación de antigüedad” (FD 5º).

En similares términos, STS de 6 y 13 de junio de 2012 (RC 82/2012 y 60/2012, respectivamente).

1.4.2.- Personal eventual: complemento de antigüedad.

Complemento de antigüedad reconocido al personal eventual que desempeña puesto de Secretaria particular de los Vocales del CGPJ. Aplicación Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. El importe de tal complemento retributivo debe ser en las mismas condiciones que las del personal funcionario perteneciente al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa. STS de 13 de noviembre de 2012 (RC 364/2011).

“(…) Desde los presupuestos anteriores, la debida satisfacción del principio de igualdad pretendido por la mencionada Directiva 1999/70/CE, en cuya aplicación directa ha fundado el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el reconocimiento que ha hecho al personal eventual del aquí polémico complemento de antigüedad, lo que exige es que tanto el devengo de tal complemento como la determinación de su importe tenga lugar en las mismas condiciones como se lleva a cabo para los funcionarios de carrera a los que ese personal eventual haya sido asimilado por razón de sus funciones.

Por tanto, habiendo establecido el propio CGPJ, en ese Acuerdo de 20 de julio de 1992 que inicialmente se reseñó, la asimilación del personal eventual de que aquí se trata con el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia (actualmente Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa), y habiéndole reconocido el sueldo en el importe correspondiente a dicho Cuerpo, la igualación en materia del complemento de antigüedad debe serlo también en lo relativo a las reglas que fijan su cuantía; esto es, esa igualdad exige que, como se hace con el actual Cuerpo de Gestores y con cualquier funcionario público, el complemento retributivo correspondiente a la antigüedad o los servicios prestados sea el correspondiente al mismo grupo de clasificación funcional del importe con que se percibe el sueldo (así lo establece el artículo 23 del Estatuto Básico del Empleado Público).

La Sala comprende las dificultades del Consejo para encontrar una solución al concreto caso enjuiciado, habida cuenta de la laguna normativa existente, y así lo confirman tanto los distintos informes obrantes en las actuaciones como las diferentes posiciones mantenidas por los Vocales que refleja el acta, también obrante en las actuaciones, que formalizó la sesión en que fue adoptado el acuerdo plenario de 28 de abril de 2008.

Pero considera que, aceptada por el Consejo la necesidad de la equiparación por la obligada aplicación directa que advierte respecto de la repetida Directiva 1999/70/CE, esta equiparación debe llevarse a efecto con todas sus consecuencias, entre las que se encuentran las normas que en la legislación funcional general fijan el concreto criterio con el que ha de determinarse el importe del complemento retributivo destinado a abonar la antigüedad o los servicios prestados.

Así procede porque, de lo contrario, no sólo se frustraría la finalidad perseguida por la Directiva 1999/70/CE [que es, como se ha dicho, el instrumento normativo en cuya aplicación se apoyó precisamente el Consejo para reconocer el complemento de antigüedad], también se asumiría una solución, en cuanto a la cuantificación del complemento retributivo por antigüedad, que resulta contraria a esos principios que en materia de retribuciones por antigüedad están presentes en nuestra legislación sobre función pública.

QUINTO.- Como complemento de lo anterior es de añadir que por el Consejo no se han ofrecido razones de carácter objetivo para establecer una diferencia de trato respecto de dicho personal eventual, por lo que no es de aplicar la salvedad que al respecto contempla la cláusula 4 del Acuerdo Marco de 18 de marzo de 1999 incluido en el anexo de la Directiva 1999/70/CE.

También debe afirmarse que no es convincente la argumentación del acuerdo plenario aquí directamente recurrido, de 28 de abril de 2008, que viene a razonar que la clasificación dentro de los grupos funcionales se hace en atención a la titulación académica y no al cometido funcional, y que los recurrentes no han hecho alegación ni prueba sobre una analogía funcional más adecuada.

No lo es porque es contradictoria con la propia solución seguida del Consejo de haber establecido en su día, a efectos de sueldo, una asimilación con el antiguo Cuerpo de Oficiales; y porque tampoco la contestación a la demanda ha desmentido la amplia descripción de tareas que en ella se hace para justificar que las funciones de las

Secretarías de los Vocales del Consejo trascienden de la mera tramitación o labor de oficina y conllevan funciones más próximas a las de gestión” (FD 4º y 5º).

1.4.3.- Cese de Redactor y Jefe de Prensa de un TSJ.

Cese en el puesto de Redactora de un Tribunal Superior de Justicia. El nombramiento se hizo como personal eventual. Libertad de nombramiento y cese. Falta de impugnación de los términos de la convocatoria y del acuerdo de nombramiento. Acto firme y consentido. STS de 29 de junio de 2012 (RC 318/2011).

“(…) lo decisivo es el específico carácter o condición de "personal eventual" con el que fue nombrada la demandante, expresamente aceptado por ella tanto cuando participo en la convocatoria y en el momento de su nombramiento como durante todo el tiempo que prestó sus servicios.

Y habiéndose de estar a esa naturaleza de "personal eventual", correcto ha de considerarse el cese acordado, por ser conforme con el régimen de libertad de nombramiento y cese previsto para esta modalidad de empleados públicos tanto en el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la . Función Pública, como en el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Debe subrayarse que si la actora no estaba de acuerdo con los términos de la convocatoria y su nombramiento --que expresamente hacían constar el carácter "eventual" del puesto y la aplicación a él del régimen establecido en el artículo 20. 2 y 3 de la Ley 30/1984-- lo que hubo de hacer fue impugnar esos actos administrativos; y ha de señalarse también que, no habiéndolo hecho así, ha de estarse a su firmeza y no es posible su extemporánea impugnación en el actual proceso jurisdiccional.

También merece añadirse algo más en los términos que seguidamente se expresan.

En toda esta materia rige con especial intensidad el derecho de igualdad en el acceso a las funciones y los cargos públicos (artículo 23.2 CE) y, por aplicación de este precepto constitucional, la nulidad de la convocatoria y el nombramiento de que se viene hablando por la indebida utilización de la figura del "personal eventual" no habría conducido a transformar de temporal en indefinida la plaza para la que fue nombrada la actora (que es en lo que se viene a traducir sus pretensiones).

Y no habría tenido lugar esa transformación porque, de merecer declarase esa nulidad, lo procedente habría sido efectivamente dejar sin efecto lo indebidamente realizado, pero con el fin de efectuar una nueva convocatoria que, expresando de manera clara el carácter indefinido del puesto convocado, lo ofreciera a toda persona que pudiera tener interés en acceder a él en esas específicas condiciones (no anunciadas en la convocatoria del puesto de la actora)” (FD 3º).

En similares términos, aunque referidos al cese de las Jefes de Prensa de dos Tribunales Superiores de Justicia, STS de 19 de octubre de 2012 (RC 320/2011 y 359/2011).

1.4.4.- Documentalistas al servicio del CGPJ.

Documentalistas que colaboran en la selección de sentencias y autos del Tribunal Supremo y en la elaboración de descriptores para la base de datos. Su relación con

el CGPJ no permite apreciar la figura del funcionario interino sino la del contrato administrativo de consultoría y asistencia. STS de 4 de noviembre de 2009 (RC 406/2006).

“(…) No tienen razón los recurrentes en su pretensión de que se califique de funcionario interino la relación que mantuvieron con el Consejo, y sí es acertada, por el contrario, la argumentación que para oponerse a ella ha desarrollado el Abogado del Estado.

Así debe ser, en primer lugar, porque, efectivamente, tanto en la regulación vigente cuando los demandantes realizaron su actividad de documentalistas (los artículos 5 y 104 de Texto Articulado de la Ley de Funcionarios del Estado de 7 de febrero de 1964) como en el artículo 10 de la actual Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la figura o condición de funcionario interino necesariamente tiene que ir referida a un puesto de trabajo que esté atribuido a un funcionario público de carrera y, por circunstancias coyunturales, no sea posible cubrirlo con esa específica clase de empleado público previsto para su normal desempeño. Mientras que en el caso aquí litigioso no consta que, en la relación de puestos trabajo del Consejo General del Poder Judicial o en la plantilla orgánica del mismo (previstas, respectivamente, en los artículos 145.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 132 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ), esa actividad de documentalista encarne el contenido de alguno de los puestos funcionariales existentes en los diferentes órganos del Consejo.

En segundo lugar, porque, a falta de lo anterior, la naturaleza de la actividad de documentalista tiene pleno encaje en el objeto que para los contratos de consultoría y asistencia aparecía en el artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado de 16 de junio de 2000.

Y, por último, porque la falta de observancia de la tramitación legalmente prevista para la contratación administrativa puede posibilitar su anulación pero no desvirtúa o altera la naturaleza que en rigor deba corresponder al vínculo que pueda haber existido con la correspondiente Administración” (FD 3º).

2.- RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE JUECES Y MAGISTRADOS.

2.1.- QUEJAS SOBRE LA ACTUACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS.

2.1.1.- Cuestiones procedimentales.

2.1.1.1.- Legitimación

El denunciante carece de legitimación activa para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando la pretensión hecha valer en la demanda únicamente radica en la imposición de una sanción disciplinaria al Juez o Magistrado del órgano jurisdiccional denunciado. Únicamente se viene admitiendo tal legitimación cuando lo que se pretende es que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación de oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de sus atribuciones, o complete la ya realizada. STS de 12 de diciembre de 2012 (RC 887/2011).

“(…) En relación con dicha cuestión, ha de comenzarse recordando que una consolidada jurisprudencia de esta Sala (por todas, la sentencia de 25 de marzo de 2003 y las que en ella se citan) ha afirmado la falta de legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial que ordenan el archivo de los procedimientos disciplinarios.

Y merece también ser subrayado que el núcleo argumental de esta jurisprudencia parte del dato de que la imposición o no de una sanción al Juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera.

Tras lo anterior, conviene asimismo hacer referencia a las ideas con las que ha sido desarrollado ese básico núcleo argumental. Son las siguientes:

- 1) La existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte a cuya satisfacción sirva el proceso.

Y la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de la Ley, por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llegan hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 143/87), el interés legítimo al que se refiere el artículo 24.1 CE, y también el artículo 19 de la nueva Ley jurisdiccional 6/1998, equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta.

- 2) La clave de si existe o no interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del CGPJ, dictada en expediente abierto en virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un juez, debe situarse en el dato de si la imposición o no de una sanción al Juez denunciado puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante, o eliminar una carga o gravamen en esa esfera.

- 3) El problema de la legitimación tiene un carácter casuístico, lo que no permite una respuesta indiferenciada para todos los casos, y hace que en cada uno de ellos deba realizarse la búsqueda del concreto interés legítimo que pueda servir de soporte a la legitimación, incumbiendo su alegación y prueba a quien se lo arroge.

- 4) El haber sido parte en un determinado proceso judicial, no supone necesariamente poseer la específica legitimación que aquí se está analizando.

El procedimiento disciplinario no puede interferir un proceso judicial en curso, por lo que los intereses legitimadores de quien es litigante en dicho proceso, por sí solos, no pueden servir como base de su legitimación para reclamar la imposición de una determinada sanción al juez que, a criterio de dicho litigante, no satisfizo aquel interés del proceso.

- 5) Tampoco el propósito de ejercitar la pretensión de responsabilidad del Estado, prevista en el artículo 121 CE, puede servir de base a una legitimación para reclamar la imposición de sanción a un Juez.

Ni en ese concreto precepto, ni en la ley en general, hay elementos que permitan sostener que la proclamación de una anormalidad del funcionamiento de la Administración de Justicia haya de derivar de una previa corrección disciplinaria impuesta al titular del órgano jurisdiccional al que se imputa aquélla.

[...]

Esta Sala también ha declarado, en esa jurisprudencia a la que acaba de hacerse referencia, que la modificación de los artículos 423 y 425 de la LOPJ no supone que se haya atribuido expresamente a los denunciantes legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo, confiriéndoles la que no se deriva de la genérica aplicación del artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956 (y actualmente del artículo 19 de la nueva Ley Jurisdiccional de 1998).

Ha dicho que la normativa contenida en la LOPJ no tiene virtualidad para modificar el régimen procesal procedente en cuanto a la legitimación de los denunciantes, y que lo único que hace es salvar la legitimación -o remitir a ella- que pudiera derivar de la Ley Jurisdiccional” (FD 2º).

Asimismo, STS de 14 de noviembre de 2012 (RC 192/2012).

“(…) Para estudiar y decidir esa impugnación que es planteada en la demanda debe comenzarse recordando la doctrina de esta Sala sobre cuál es el alcance de la legitimación que corresponde a los denunciantes de disfunciones en la actuación de juzgados o tribunales.

Esta doctrina consiste en reconocer esa legitimación para demandar del Consejo General del Poder Judicial el desarrollo de la actividad investigadora que resulte conveniente para la debida averiguación de los hechos que hayan sido denunciados, pero no para que esa actividad necesariamente finalice en un procedimiento disciplinario; y esto último porque, como tantas veces se ha dicho, la imposición de una sanción al juez o magistrado denunciado, al no producir efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni eliminar carga o gravamen de clase alguna en dicha esfera, no encarna el interés real que resulta necesario para que pueda ser apreciada la legitimación que como inexcusable presupuesto del proceso contencioso-administrativo exige el artículo 19 de la Ley jurisdiccional.

Lo anterior pone de manifiesto que la principal cuestión a dilucidar en el actual litigio sea determinar si el Consejo realizó una actividad investigadora que resultara acorde o proporcionada con los hechos que le fueron denunciados, y si su decisión de archivo fue razonablemente motivada para considerar cumplido en ella el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE)” (FD 3º).

En similar sentido a las anteriores, véanse, por todas, las STS de 5 de diciembre de 2012 (RC 3/2012); de 1 y 12 de octubre de 2012 (RC 310/2012, RC 342/2012 y 882/2011) y de 31 de enero de 2012 (252/2011).

2.1.1.2.-Actividad administrativa impugnabile.

2.1.1.2.a).- Comunicación de la Jefatura del Servicio de Inspección del CGPJ.

Inadmisión por el Pleno del recurso de alzada promovido contra comunicación de la Jefatura de Servicio de Inspección del CGPJ informando órgano competente para tramitación de queja. No se considera un acto meramente informativo sino de carácter definitivo, susceptible de impugnación. Omisión del contenido competencial previsto en el artículo 423.2 LOPJ. STS de 21 de julio de 2011 (RC 20/2011).

“(…) En el caso examinado, la notificación inicial de la Jefatura de la Inspección del CGPJ, si bien informa al recurrente de la tramitación de su queja respecto de un Juez sustituto, que fue objeto de remisión ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, lo cierto es que dicha actuación contiene un carácter definitivo que omite el contenido competencial previsto en el art. 423.2 de la LOPJ al imponer a la Jefatura del Servicio de Inspección la propuesta de archivo, la apertura de diligencias informativas o la incoación directa del expediente disciplinario en relación con denuncias derivadas de la actuación de jueces y magistrados (por todas, SSTS de 4 de mayo de 2004, recursos 519/99 y 82/2000).

Una interpretación conjunta de los artículos 143.1 de la LOPJ y 107.1 de la Ley 30/92 , modificada por la Ley 4/99 permite constatar que son impugnables aquellos actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión, por lo que la comunicación de remisión de diligencias de un órgano constitucional como es el Consejo General del Poder Judicial al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en uso de las atribuciones prevenidas en los artículos 152 y 201.5.d) de la LOPJ, era susceptible de impugnación autónoma, criterio que es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (por todas, las SSTS de 25 de febrero y 16 de abril de 1974 , 20 de diciembre de 1980 , 30 de enero de 1987 , 19 de febrero de 1989 , 16 de marzo de 1993 , 9 de marzo y 25 de abril de 1995 y 28 de septiembre de 1998).

Desde este punto de vista es disconforme al ordenamiento jurídico el acto administrativo recurrido” (FD 3º).

2.1.1.2.b).- Comunicación de la Unidad de Atención Ciudadana del CGPJ.

Acto susceptible de impugnación puesto que su contenido no era meramente informativo ya que tomaba la decisión de no apreciar la concurrencia de conducta alguna susceptible de reproche disciplinario. Improcedente inadmisión a trámite por el CGPJ del recurso promovido contra dicha comunicación. STS de 7 de julio de 2010 (RC 348/2009).

“(…) La primera cuestión a analizar en el actual proceso es la relativa a la naturaleza jurídica y consiguiente impugnabilidad de la comunicación remitida el 5 de diciembre de 2008 por la Unidad de Atención Ciudadana del Consejo General del Poder Judicial al Sr. De la Quintana Esteban; esto es, lo que debe determinarse es si se trataba de un acto administrativo o, por el contrario, como indica la resolución impugnada, de un mero acto de información, no decisorio y, por tanto, no susceptible de impugnación.

Para resolver lo anterior debe tenerse en cuenta que una jurisprudencia (por todas, sentencia de 17 de marzo de 2009 -recurso 1430/05- y las que en ella se citan), elaborada fundamentalmente en relación a respuestas informativas de la Administración, viene considerando que no constituyen actividades administrativas susceptibles de residenciar ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, aquellas en las que "ni hay acto de voluntad, que trate de imponer una conducta, ni se prevé una sanción jurídica, que es presupuesto de la existencia del acto administrativo".

Como también ha declarado que el concepto de actos no susceptibles de impugnación es "aplicable a aquellos que se consideran de naturaleza puramente informativa, y que en consecuencia no contienen una decisión que ponga fin a la vía administrativa, no vinculan a la Administración, no otorgan o deniegan concretos derechos al administrado, ni, en fin, revisten carácter imperativo o sancionado".

Debe subrayarse, así mismo, que este carácter informativo, en principio, es predicable de las actuaciones de la Unidad de Atención Ciudadana del CGPJ, según lo dispuesto en el artículo 3.3º del Reglamento 1/1998, de 2 de diciembre, de tramitación de quejas y denuncias relativas al funcionamiento de Juzgados y Tribunales y en la Instrucción 1/1999 elaborada para su aplicación.

Sin embargo, junto a lo anterior, debe igualmente tomarse en consideración como argumenta el recurrente en su demanda, que uno de los criterios de clasificación de los actos administrativos (sentencias de 17 de junio de 1992 -recurso 8153/1990- y de 25 de septiembre de 1995 -recurso 1650/1992-) atiende a la función que desempeñan en el procedimiento y, desde esta perspectiva, se distingue entre actos de trámite que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mayor acierto de ésta, y las resoluciones que deciden las cuestiones planteadas.

Que esta diferenciación determina que los actos de trámite no sean impugnables separadamente y sea al recurrir la correspondiente resolución cuando pueden suscitarse las cuestiones relativas a su legalidad.

Y que así se recoge en el art. 107 de la LRJ-PAC y 25-1 LRJCA, de tal manera que los actos de trámite solo son recurribles separadamente cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

QUINTO.- *Esa última doctrina que acaba de exponerse hace que en el caso aquí enjuiciado deba concluirse que la comunicación adoptada por la Unidad de Atención Ciudadana del CGPJ el 5 de diciembre de 2008 no puede ser considerada en su integridad como un acto de contenido meramente informativo.*

Y no puede serlo porque excede de ese carácter la referencia que en ella se hace (al pronunciarse sobre la petición formulada por el Sr. De la Quintana en su escrito de 16 de octubre de 2008) a las normas de reparto vigentes y el pronunciamiento relativo a lo que denomina "posibles defectos procesales" (integrados por la decisión de no suspender la vista, defectos en los actos de comunicación, otorgamiento del poder apud acta o documentación de las decisiones del juez), en los que considera que el Consejo no puede intervenir por afectar a decisiones adoptadas por el Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional que en exclusiva le corresponde.

En definitiva, la decisión de no apreciar la existencia de conducta alguna merecedora de reproche disciplinario debe considerarse como un acto administrativo decisorio y, por tanto, impugnabile, cuyo contenido sustancial, además, viene a coincidir con el de otros acuerdos adoptados por la Comisión Disciplinaria del CGPJ de los que, a través de los oportunos recursos, conoce habitualmente esta Sala y Sección” (FD 4º y 5º).

2.1.1.2.c).- Acuerdo denegatorio de la recusación del Instructor de un expediente disciplinario.

Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ desestimando la recusación formulada por el Magistrado expedientado contra el Instructor del expediente disciplinario. Actividad administrativa no susceptible de impugnación. No se trata de un acto que resuelva el fondo del asunto ni de un acto de trámite que imposibilite su continuación. STS de 7 de julio de 2010 (RC 184/2009).

“(…) El citado artículo 425 bis de la LOPJ, en su apartado 4, después de establecer la aplicación al instructor delegado y al secretario del expediente disciplinario de las normas relativas a la abstención y recusación establecidas en los artículos 28 y 29 de la LRJ/PAC, y regular que ha de plantearse y resolverse por el órgano que acordó el nombramiento, dispone en términos prácticamente idénticos a los del artículo 29.5 de la LRJPAC, que

"contra los acuerdos adoptados en materia de abstención y recusación no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que el interesado pueda alegar la recusación en el escrito de interposición del correspondiente recurso que se interponga contra el acuerdo que ponga fin al procedimiento disciplinario".

La interpretación literal y sistemática de la norma permite concluir que la ley no contempla la abstención y recusación como un procedimiento de carácter autónomo, sino dependiente y vinculado al procedimiento principal donde aquéllas se plantean (el disciplinario), respecto del cual tiene una naturaleza claramente incidental; y esta es la razón por la que se priva de recurso independiente a los acuerdos resolutorios del incidente en cuanto los considera meros actos de trámite dentro del proceso principal.

En este sentido, si bien es cierto que el artículo 25.1 de la LJCA considera impugnables ante la jurisdicción contencioso- administrativa ciertos actos de trámite, dicha circunstancia no puede predicarse del acuerdo aquí impugnado. Pues al adoptarse en el seno de un procedimiento incidental, sin autonomía propia, no puede ser considerado como un acto que ponga fin a vía administrativa, condición que sólo puede predicarse en este caso del acuerdo que ponga fin al expediente disciplinario.

Además, el acuerdo impugnado (que recordemos, desestima la recusación planteada por el Magistrado sometido a expediente contra el Instructor Delegado) tampoco se encuentra en ninguno de los supuestos legalmente tasados contemplados en el artículo 25.1 de la LJCA .

No decide el fondo del asunto (constituido por la comprobación de los hechos presuntamente atribuidos al expedientado, la determinación de las faltas disciplinarias de las que son constitutivos y, en su caso, de la correspondiente sanción), ni condiciona en forma alguna la resolución a adoptar en aquél.

Y tampoco supone la imposibilidad de continuar el procedimiento para el recurrente, ni le produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque el artículo 425 bis 4 de la LOPJ no excluye el recurso de forma absoluta o permanente sino que lo difiere a un momento posterior, el de la resolución del expediente principal, a través de los recursos que procedan contra ésta.

Esos recursos están contemplados en los artículos 425, apartados 8 y 9; 421.1.d) y 143.2 de la LOPJ, que integran y dotan de contenido a la genérica previsión del artículo 425 bis 4 de la LOPJ sobre la materia.

De este modo, si la resolución que pone término al procedimiento disciplinario procede de una Sala de Gobierno (del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia) o de la Comisión Disciplinaria del CGPJ, podrá interponerse contra ella recurso potestativo en vía administrativa, sin perjuicio de los que legalmente procedan en vía jurisdiccional; mientras que si emana del Pleno del Consejo será recurrible en vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo.

Por todo lo expuesto, debe concluirse, de conformidad con lo pretendido por el Abogado del Estado, en la inimpugnabilidad del acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria el 10 de marzo de 2009 en materia de recusación y que es objeto del presente recurso, por tratarse, como se ha venido razonando, de un acto no susceptible de impugnación independiente (en virtud de lo dispuesto en los artículos 69 .c) y 25.1 de la LJCA, en relación con el artículo 425 bis 4 de la LOPJ)” (FD 4º).

2.1.2 Información previa.

2.1.2.1.- Acuerdos de archivo.

2.1.2.1.a) Formalidades del acuerdo de la Comisión Disciplinaria.

La LOPJ no impone la obligatoriedad de que en los acuerdos de la Comisión Disciplinaria deba constar la relación de miembros que lo adoptan y si fue por mayoría o unanimidad. STS de 31 de marzo de 2011 (RC 326/2009).

“(…) Esta Sala en sentencias de 5 de diciembre de 2005 (recurso 218/2002), 18 de diciembre de 2008 (recurso 277/2006) y 28 de octubre de 2009 (recurso 483/2007) al analizar un motivo sustancialmente igual al que ahora se deduce ha afirmado que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial de 22 de abril de 1986 exigen que en la notificación de los acuerdos de la Comisión Disciplinaria se haga constar la relación de los miembros de la misma que los adoptaron ni si fue por mayoría o por unanimidad.

A ello hay que añadir que el recurrente, Sr. De Padrón Felipe, a quien corresponde la carga de la prueba, no arroja ningún indicio, más allá de sus alegaciones, que permita hacer dudar del hecho de que, al tomar el Acuerdo recurrido, la Comisión Disciplinaria no se hallaba adecuadamente constituida, confirmando, por lo demás, la certificación del Jefe de la Sección de Régimen Disciplinario aportada en el período de prueba, la legalidad del mismo desde esta perspectiva. Certificado al que no cabe oponer tacha alguna, visto lo que dispone el artículo 162 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial” (FD 5º).

2.1.2.1.b) Archivo de plano.

Inexistencia de obligación del CGPJ de investigar cualquier denuncia sobre posible responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados. La LOPJ le confiere facultades para el archivo, incluso de plano, de las quejas. STS de 28 de abril de 2011 (RC 491/2010).

“(…) Además, la doctrina de la Sala expresada en sentencias de 28 de enero de 2010 (recurso 516/2008), 30 de noviembre de 2007 (recurso 317/2004), 18 de diciembre de 2008 (recurso 277/2006) y 23 de diciembre de 2008 (recurso 24/06) subraya que el CGPJ no está obligado a iniciar su actuación investigadora ante cualquier denuncia que impute una posible responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados, sino únicamente cuando los términos y el contenido de dicha denuncia ofrezcan una descripción circunstanciada de los hechos, con datos suficientes que demuestren razonablemente la conveniencia de la investigación por exteriorizar los mismos unos mínimos indicios sobre su verosimilitud. Así lo imponen, de un lado, el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE), que conlleva la necesidad de evitar actuaciones gratuitas o innecesarias; y de otro, el derecho al honor reconocido a todas las personas, incluidas las que forman parte de la Administración de Justicia (art. 10 CE), que aconseja evitar actuaciones que puedan comprometer públicamente su buen nombre personal y profesional si no existe para ello la debida justificación, reconociendo que no resulta exigible al Consejo General del Poder Judicial ninguna actividad precisa de instrucción, pues tiene facultades para acordar el archivo, incluso de plano, de los escritos de queja o denuncia que reciba si, como aquí sucede, no considera necesarias otras determinadas actuaciones de información o inspección. Así se deduce del término "podrá" que recoge el artículo 423.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo hemos recordado en la STS de 12 de abril de 2010 (recurso 111/2009)” (FD 7°).

Gravedad evidente de hechos denunciados al CGPJ. Actividad mínima de investigación exigible. Estimación del recurso ante la falta de tal actividad. Retroacción de actuaciones. STS de 2 de junio de 2009 (RC 485/2008).

“(…) En el presente caso se denuncian hechos que, sin prejuzgar su veracidad y trascendencia sancionadora, tienen una gravedad evidente, que exigía del Consejo General su comprobación, sin que pueda servir como excusa que el denunciante los haya conocido del contenido de un libro, de la información aparecida en prensa o por cualquier otro medio, pues cualquier persona que tenga conocimiento de una supuesta infracción puede ponerla en conocimiento de quien tiene atribuida la potestad disciplinaria. Dicha gravedad inicial queda acreditada por el hecho de que la Sala Segunda de este Tribunal, en la resolución antes citada, haya deducido testimonio de los mismo hechos, que conoció como consecuencia de una querrela interpuesta contra el Magistrado Juez del número cinco, por si pudieran ser constitutivos de infracción disciplinaria.

Por otra parte no es coherente que habiéndose ejercido una mínima actividad por parte del Consejo General del Poder Judicial, la solicitud de informe del denunciado, sin embargo, ante el ejercicio por el mismo de su derecho a no declarar, no realice ningún tipo de actividad complementaria que descarte unos hechos que podrían constituir, de ser adverbados, una posible responsabilidad disciplinaria.

En consecuencia, ha de estimarse parcialmente el presente recurso, en tanto solicita la recurrente se disponga que los hechos denunciados sean investigados por el Consejo General del Poder Judicial, lo que supone la retroacción de actuaciones para que el Consejo General realice aquellas pruebas, de oficio o a propuesta de las partes, que estime pertinentes, y después, con absoluta libertad de criterio, resuelva lo que estime pertinente” (FD 3º).

2.1.2.1.c) Cuestión jurisdiccional.

Denuncia sobre presuntas irregularidades que inciden en el ejercicio de la función jurisdiccional de Jueces y Magistrados. Falta de competencia del CGPJ. Su actividad inspectora debe limitarse a disfunciones burocráticas y al cumplimiento de las obligaciones profesionales que estatutariamente les competen. STS de 6 de junio de 2011 (RC 443/2009).

“(…) es evidente que el resto de cuestiones que se suscitan en relación con las resoluciones judiciales adoptadas tanto por el Juzgado como por la Audiencia Provincial de Valencia constituyen cuestiones de naturaleza evidentemente jurisdiccional, habiendo sostenido reiteradamente esta Sala (por todas, sentencia 6 de octubre de 2008 (rec. 105/05), que la actividad inspectora del Consejo ha de respetar la exclusividad que sobre el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a Jueces y Magistrados por imperativo del artículo 117 de la Constitución; y, como consecuencia de ello, la función investigadora inherente a aquella actividad debe limitarse a las disfunciones burocráticas de la organización judicial y a la constatación del cumplimiento de las obligaciones profesionales que estatutariamente corresponden a Jueces y Magistrados en su faceta de empleados públicos. Asimismo, esta Sala ha dicho (sentencias de 6 de febrero de 2001, 28 de mayo de 2002, 2 de noviembre de 2005, 25 de octubre de 2006, 27 de septiembre de 2007 y 29 de enero de 2009, entre otras muchas) que la única vía existente para revisar y combatir las actuaciones realizadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de Jueces y Magistrados que no se compartan o se estimen perjudiciales es la de los recursos previstos en las leyes procesales y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (FD 4º).

2.1.2.1.d) Pretensiones relativas a la declaración de la existencia de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

La recurrente pretende la declaración de la existencia de un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Incompetencia de la Comisión Disciplinaria del CGPJ para conocer de tal pretensión. Procedencia del archivo de la queja. STS de 11 de noviembre de 2011 (RC 276/2011).

“(…) Como ha quedado expuesto, la pretensión ejercitada por la recurrente viene constituida en definitiva por la declaración de la existencia de un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, como consecuencia del retraso padecido en la resolución de su petición de entrega de los vehículos de su propiedad, y reclamación de una indemnización de 30.000€

Y tal pretensión no puede prosperar, porque, tal como ha declarado reiteradamente esta Sala (por todas, sentencias de 28 de enero de 2009 (Rec. 149/06); 24 de junio de 2009 (Rec. 366/08); 3 y 15 de julio de 2009 (Rec. 391/06 y 87/09

respectivamente); 16 de diciembre de 2009 (Rec. 606/08); 11 de marzo de 2010 (Rec. 105/09) y las más recientes de 6 de octubre de 2010 (Rec. 524/08) y 29 de abril de 2011 (Rec. 123/2009, F. D. 2º) la Comisión Disciplinaria del CGPJ carece de facultades para conocer de ese tipo de pretensiones, que no resulta procedente hacer valer en un recurso contencioso-administrativo, dirigido contra un acto de archivo de una queja; por ello el acuerdo de archivo impugnado, no lo consideramos en definitiva contrario a derecho.

La pretensión indemnizatoria por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no puede reclamarse judicialmente sin haber procedido previamente a plantear la reclamación ante el Ministerio de Justicia, con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, y contra la resolución administrativa que entonces se dicte es cuando, en su caso, podrá entablarse el recurso contencioso-administrativo (así se dispone en el art. 293.2 LOPJ).

En el caso de autos y dado que no consta que el Consejo General del Poder Judicial remitiera al Ministerio de Justicia la reclamación de responsabilidad patrimonial o que informará al recurrente de quién era el órgano competente para tramitar su reclamación de responsabilidad patrimonial, conforme procedería en una interpretación amplia del artículo 20 de la Ley 30/1992, procede reservar al recurrente las acciones para reclamar ante el Ministerio de Justicia” (FD 5º).

En similares términos, STS de 28 de junio de 2010 (RC 83/2009 y 365/2009), entre otras.

2.1.2.2.- Trámite de audiencia.

Falta de audiencia previa en el seno de información previa. Falta de previsión en la LOPJ de tal intervención del denunciante. STS de 31 de octubre de 2011 (RC 102/2009).

“(…) Hay que recordar, a propósito de las alegaciones de la Sra. Vidal Malleiro sobre la falta de audiencia en el seno de la información previa y de notificación del acuerdo de archivo, que la primera no está prevista por el artículo 423 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que el Consejo General del Poder Judicial tampoco está obligado a realizar indagaciones cuando de los hechos que se le hayan expuesto no resulten indicios de responsabilidad disciplinaria de jueces o magistrados ni a aceptar la práctica de las diligencias pedidas por el denunciante. En este sentido, la Ley Orgánica, en el precepto indicado, autoriza, incluso, el archivo de plano. Por lo que hace a la notificación del acuerdo de 4 de junio de 2008, resulta del expediente que se intentó dos veces en el domicilio facilitado por la denunciante. Por lo demás, la demanda no atribuye al desconocimiento del mismo otra consecuencia que la de no haber podido hacer alegaciones ni pedir la práctica de averiguaciones y ya se ha dicho que, en esta fase del procedimiento, la Ley Orgánica del Poder Judicial, no prevé tales intervenciones de los denunciantes. En cualquier caso, los argumentos expresados por la Sra. Vidal Malleiro en este proceso confirman que lo pretendido por la denuncia guarda más relación con el contenido de unas resoluciones judiciales con las que está disconforme que a irregularidades en el proceder de los titulares de los Juzgados” (FD 4º).

2.1.2.3.- Consecuencias derivadas de su incoación.

Negativa del Servicio de Inspección de facilitar documentación sobre una información previa a un Magistrado denunciado. Inexistencia de vulneración del derecho a la defensa puesto que no recaía sobre aquél ninguna imputación o acusación. Simplemente se le había requerido informe sobre unos hechos que habían sido objeto de denuncia por un particular en el seno de unas actuaciones que no le generaban ninguna consecuencia desfavorable. STS de 30 de noviembre de 2011 (RC 271/2009).

“(...) Ahora bien, el recurso debe ser desestimado porque no ha padecido el derecho del Sr. Anguita Cañada a defenderse desde el momento en que el Consejo General del Poder Judicial no le ha imputado ni acusado de nada. Únicamente le había pedido informe sobre los hechos a los que se refería la queja presentada por tres letrados y esa petición se hizo dentro de unas actuaciones que no entrañan ninguna consecuencia desfavorable para él.

El artículo 423.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisa cuál es la suerte que puede correr una denuncia como la que dio lugar a la información previa 1.867/2008. Así, señala que puede ser archivada de plano, que puede dar lugar a la apertura de diligencias informativas o a la incoación de expediente disciplinario. La información previa con la que nos encontramos, tal como su propia denominación indica, se inscribe en la fase anterior a la adopción de cualquiera de esas tres decisiones. En realidad, no es un procedimiento que se dirija contra nadie sino que únicamente tiene por objeto una primera aproximación a los hechos denunciados al efecto de determinar cuál de los caminos indicados se ha de seguir. El Consejo General del Poder Judicial puede en el curso de ella pedir informe al titular del órgano judicial al que se refiera la denuncia o queja pero no es imprescindible que lo haga en todos aquellos supuestos en los que de los propios términos de las mismas se desprenda la inexistencia de indicios de responsabilidad disciplinaria. Y en aquellos otros en que de la sola lectura de la exposición realizada por el denunciante no resulte por sí misma tal ausencia de signos de infracción es razonable que recabe dicho informe. En todo caso, en ninguna de las dos hipótesis hay acusación, imputación o reproche alguno al juez o magistrado al que se refiera la denuncia o queja y el único requisito exigido por la Ley Orgánica es que medie un informe del Jefe del Servicio de Inspección con una propuesta para resolver al respecto.

Por tanto, la actividad del Consejo General del Poder Judicial contra la que se dirige el Sr. Anguita Cañada no sólo es anterior a la adopción de cualquiera de las decisiones legalmente previstas sino que tampoco afecta a ningún derecho o interés legítimo del que sea titular, precisamente porque no conduce a más resultados que al archivo de la queja, de un lado, o a la investigación de los hechos o, directamente, a la incoación de expediente, del otro. Cuando se dan estos dos últimos supuestos, sí estamos ante procedimientos en los que el interesado debe ser parte porque implican el reconocimiento por el Consejo General del Poder Judicial de que puede haber indicios de su posible responsabilidad disciplinaria y es menester investigarlos mediante unas diligencias informativas, o suponen ya la constatación de que, efectivamente, concurren y procede incoar expediente sancionador.

Además, es preciso tener presente que al Sr. Anguita Cañada se le facilitó información suficiente sobre los términos de la denuncia para que pudiera elaborar el

informe que se le pidió pues, con el oficio que se le remitió solicitándose, se le envió copia del escrito de denuncia en el que se expresan con claridad y precisión los hechos que motivan la queja. Lo cual es adecuado al carácter preliminar y no conclusivo de la actuación realizada por el Consejo General del Poder Judicial en el curso de una información previa.

En fin, no debe pasarse por alto que la pretensión del recurrente lleva implícita la consecuencia de transformar en la práctica en procedimiento disciplinario la tramitación de cualquier denuncia. Efecto no previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial y absolutamente disfuncional tanto para el propio Consejo como para los miembros de la Carrera Judicial, porque atribuye a la mera presentación de una queja el efecto de convertirlos en imputados”(FD 4º).

2.1.2.4.- Incidencia en el plazo de prescripción de las faltas.

La presentación de una queja no interrumpe el plazo de prescripción de la posible falta disciplinaria cuya comisión se denuncia. La interrupción sólo se produce cuando se notifica al Juez o Magistrado los acuerdos de iniciación de Diligencias Informativas o de incoación del expediente disciplinario. STS de 28 de enero de 2010 (RC 625/2007).

“(…) A la vista de lo anterior, no cabe sostener, tal y como pretende el recurrente, que desde el momento en que se presenta una denuncia al Consejo se deba entender iniciado el procedimiento disciplinario pues ello, por expreso mandato de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo acaece cuando así lo acuerde la Sala de Gobierno o Presidente que corresponda o, en su caso, la Comisión Disciplinaria o Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Una denuncia únicamente genera el deber de ser examinada por el Servicio de Inspección a fin de que, a la vista de lo actuado, proponga a la Comisión Disciplinaria su archivo, la apertura de diligencias informativas o la incoación del expediente disciplinario.

[...]

Por otro lado, la interpretación extensiva que pretende el recurrente en materia de interrupción de la prescripción de las faltas disciplinarias que pudieran haber cometido Jueces y Magistrados desconoce la literalidad y la evolución legislativa que ha sufrido la regulación de dicha materia. Se ha de destacar que, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, únicamente la iniciación de un procedimiento disciplinario podía interrumpir la prescripción de dichas faltas. A raíz de dicha reforma, se amplían los supuestos que posibilitan la interrupción. Ya no sólo los acuerdos de incoación del procedimiento disciplinario producen ese efecto suspensivo sino que también los de iniciación de Diligencias Informativas tienen atribuida dicha virtualidad, exigiéndose en ambos casos, la previa notificación al Magistrado o Juez denunciado.

No cabe ir más allá y tratar de ampliar a las informaciones previas o incluso al mismo hecho de presentar queja o denuncia la potencialidad de interrumpir el plazo de prescripción de la falta disciplinaria. En este sentido, se debe destacar el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 2002 (recurso contencioso-administrativo nº 325/1998) cuando señala que “La interrupción de los plazos prescriptivos, cierto es, no se produce por la tramitación

de diligencias reservadas o informaciones previas, sino por la apertura del procedimiento disciplinario mediante el correspondiente acuerdo de incoación, que debe ser formalmente notificado al interesado para que ese efecto interruptivo se produzca” (FD 4º).

2.1.3.- Casuística.

2.1.3.1) Policía de estrados.

Acuerdo verbal del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ordenando a la recurrente que abandonara el estrado de los abogados por llevar un pañuelo sobre su cabeza. Acuerdo que no reviste naturaleza gubernativa sino jurisdiccional en el ejercicio de las funciones de policía de estrados. Imposibilidad del CGPJ de revisar decisiones jurisdiccionales. STS de 2 de noviembre de 2010 (RC 769/2009).

“(…) Ceñido el debate al mencionado acuerdo verbal, es preciso establecer su naturaleza.

No tiene duda la Sala de que se trata de una decisión adoptada por quien presidía el juicio en el ejercicio de las funciones de policía de estrados que le confiere el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, según explica con acierto el Ministerio Fiscal, constituye una corrección especial de las contempladas en el artículo 557 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, el régimen de su impugnación es el previsto en el artículo 556 de este último texto legal: recurso de audiencia en justicia ante el propio tribunal que juzgaba el proceso penal y, de no prosperar, ulterior alzada ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional cuya decisión cierra la vía judicial.

El Consejo General del Poder Judicial no está llamado, por tanto, a revisar esas decisiones cuya naturaleza es jurisdiccional y no gubernativa, según viene declarando la jurisprudencia, tal como ha recordado el Ministerio Fiscal. De ahí que la resolución expresa que hubiera debido dictar habría sido de inadmisión ya que, además de que el camino para impugnar estos acuerdos tomados en el ejercicio de la policía de estrados, como se ha visto, está trazado en la Ley Orgánica del Poder Judicial y no le incluye, no corresponde al órgano de gobierno del Poder Judicial revisar las decisiones jurisdiccionales de los juzgados y tribunales ni en el seno del procedimiento disciplinario ni en ningún otro.

Es verdad que, como dice el Ministerio Fiscal, quien nuevamente tiene razón, la remisión del recurso por la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional al Consejo General del Poder Judicial no fue acertada. Sin embargo, también lo es que ese proceder no fue en su momento, ni lo ha sido después, combatido por la recurrente, de manera que no ha de tener relevancia sobre la solución que ha de darse a este pleito” (FD 7º).

La decisión de que no se sienta en estrados el acusado, abogado ejerciente, adoptada por la magistrada de un Juzgado de lo Penal tiene carácter jurisdiccional y no es revisable por el Consejo General del Poder Judicial. STS de 7 de mayo de 2010 (RC 426/2009).

“(...) El recurso debe ser desestimado porque el acuerdo de la Comisión Disciplinaria, objeto de este proceso, no infringe el ordenamiento jurídico.

En efecto, entiende la Sala que tiene razón el Consejo General del Poder Judicial cuando califica como cuestión de naturaleza jurisdiccional la suscitada por la denuncia del recurrente pues, al fin y al cabo, de esa naturaleza es la decisión que adoptó la magistrada al resolver sobre la solicitud que le formuló el abogado del Sr. Gómez-Jordana Moya al comenzar la vista oral para que éste se sentara en estrados. Decisión adoptada en el seno del proceso y en uso de las facultades de que dispone para dirigirlo y que justificó en el informe presentado en el curso de la Información Previa nº 717/2009.

No advertimos, en contra de lo que dice la demanda, una contradicción entre las palabras de la magistrada en el acto de la vista oral y las explicaciones que ofrece en el mencionado informe, pues aquellas no implican que desconociera el derecho que reconoce el artículo 38.3 del Estatuto General de la Abogacía, sino que más bien apuntan a que no sabía que el Sr. Gómez-Jordana Moya fuera abogado en ejercicio y que desease sentarse en estrados. Por lo demás, vista la grabación del juicio, no apreciamos que la magistrada tratara de manera desconsiderada al recurrente ni que incurriera en actuación que pudiera tenerse por abusiva o excesiva.

Ha de tenerse presente, en cualquier caso, que siendo, efectivamente, un derecho el que contempla ese precepto, como todos los derechos, no es ilimitado y su ejercicio puede ser objeto de modulaciones en función de los intereses en conflicto. En este sentido, conviene recordar lo que dijimos al respecto en nuestra sentencia de 3 de mayo de 2007 (recurso 203/2003), invocada en la demanda, que afrontaba un supuesto con cierta similitud con el presente:

"Esta Sala reconoce expresamente el derecho a permanecer en estrados que asiste a los miembros de la Abogacía cuando desarrollen su actuación profesional ante los Juzgados y Tribunales. Y no sólo eso, además tiene especial interés en subrayar todo lo que se expone a continuación.

Que esa permanencia no puede ser equiparada a un simple trato de cortesía sujeto a la concesión graciable de la autoridad judicial que presida la vista procesal. Que se trata de un auténtico derecho reconocido para hacer visible la verdadera significación de todo proceso jurisdiccional: un debate contradictorio entre los profesionales intervinientes en dicho proceso sobre todos los argumentos que merecen ser ponderados, dirigido a favorecer al máximo la reflexión que debe plasmar la motivación de la resolución judicial y, con ello, a aumentar también las posibilidades de acierto de dicha resolución; un debate que, para que sea eficaz, exige máxima libertad en esos profesionales y el claro reconocimiento de que sus alegatos son imprescindibles para una correcta Administración de Justicia. Y que el reconocimiento del derecho a esa permanencia en estrados lo que viene a formalizar es el papel de colaborador obligado en la función jurisdiccional que, en razón de su necesario protagonismo en el debate procesal, corresponde al Abogado.

Pero debe decirse también que no es contradictorio con lo anterior el establecer una diferenciación entre la estricta actuación profesional de

defensa jurídica que es propia del Abogado y la comparecencia personal de tales profesionales en su calidad de simples ciudadanos justiciables ante un tribunal de justicia. Porque siendo un importantísimo derecho fundamental el de la igualdad y un valor inherente al modelo de Estado democrático de Derecho el de la confianza de la ciudadanía en la justicia, esa diferenciación exterioriza que, en lo concerniente a la mera comparecencia como justiciable y a las simples declaraciones hechas desde esa única condición ante los tribunales, estos no establecen diferencias de trato.

Como igualmente procede una última puntualización. Que esa diferenciación podrá ser una discutible interpretación del alcance que debe darse al derecho comparecer en estrados que corresponda a los Abogados, pero no encarna, por sí sola, la nota de clara ilicitud que exige todo reproche disciplinario".

Sentado que es más correcto el proceder indicado en esta sentencia, reduciéndose ahora la cuestión a juzgar al acierto o desacierto de la ponderación que hizo de los intereses en juego y a la incidencia que ello hubiera podido tener en el desenlace del proceso, es clara, insistimos, la naturaleza jurisdiccional de la misma y la inidoneidad de la vía disciplinaria para dirimirla cuando no hay otros elementos en juego, ya que el Consejo General del Poder Judicial carece de atribuciones para corregir el ejercicio que hacen los tribunales de justicia de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que les encomienda la Constitución, según viene recordando la jurisprudencia con tanta reiteración que excusa de cita de sentencias" (FD 4º).

2.1.3.2.- Denegación del beneficio de justicia gratuita.

Denegación del beneficio de justicia gratuita. Posibilidad de impugnación ante Juzgado o Tribunal competente. El CGPJ no tiene competencia para enjuiciar el acierto de las resoluciones administrativas denegando tal beneficio. STS de 3º de marzo de 2011 (RC 294/2010).

"(...) Ante la genérica e inconcreta fundamentación empleada por el recurrente en su escrito de demanda, esta Sala considera que el mismo debe ser desestimado toda vez que el archivo de plano de la queja acordado por la Comisión Disciplinaria es conforme a derecho y no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como parece sostener la parte actora en su demanda, toda vez que, como ha declarado esta Sala reiteradamente (por todas, sentencias de 15 de abril de 2009 rec. 206/2008 y 8 de mayo rec. 447/2006, 20 de noviembre rec. 356/2005 y 18 de diciembre de 2008 rec. 283/2006), no resulta imponible a la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial ninguna actividad precisa de instrucción, en cuanto tiene facultades para acordar el archivo incluso de plano de los escritos de queja o denuncia que reciba si, como aquí sucede, los titulares de las facultades de inspección no consideran necesarias otras determinadas actuaciones de información o inspección, siempre esto dependiente de cual sea el objeto de lo denunciado, como se deduce de los términos "podrán" o "podrá" que recoge el artículo 171 de la LOPJ, regulador de las funciones inspectoras del CGPJ.

Si el recurrente consideraba que, en algún caso, las resoluciones denegatorias del beneficio de justicia gratuita eran contrarias a los requisitos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, pudo impugnarlas ante el Juzgado o Tribunal competente, tal y

como establece el art. 20 de dicha Ley, lo que no resulta posible es formular una queja genérica ante el CGPJ que carece de competencia para enjuiciar la legalidad de las resoluciones administrativas sobre reconocimiento de aquel beneficio, de ahí la decisión de archivo que resulta conforme a derecho” (FD 3º).

2.1.3.3.- Inexistencia del deber de abstención.

Inexistencia de infracción del deber de abstención. Magistrado que inadmite querrela contra Presidente de una Comunidad Autónoma a pesar de que le unía una relación de amistad con su hermana y cuñado y de que le había invitado a la boda de su hija. STS de 2 de abril de 2012 (RC 255/2011).

(...) consideramos correcto el razonamiento y la decisión a la que se ha llegado por el Consejo General del Poder Judicial. Las causas de abstención y de recusación son las que establece el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y han de ser interpretadas a la luz de los principios que las inspiran los cuales se encaminan a preservar la imparcialidad de los jueces y magistrados tanto en su dimensión estrictamente subjetiva como en la objetiva, es decir la que mira a la imagen que los tribunales de justicia han de ofrecer ante la mirada de los ciudadanos. Esa interpretación, sin embargo, ha de ajustarse a cánones razonables de manera que se impida su utilización ya sea para sustraerse del conocimiento de las causas que, conforme a las reglas preestablecidas legalmente, corresponde a cada juez o magistrado, ya sea para apartar del mismo a un determinado miembro de la Carrera Judicial por motivos distintos de los vinculados a la realización de la imparcialidad a la que esas causas tienden.

En este caso, ni la relación del Sr. Pérez Templado con don Emilio Pérez Doñate y su esposa doña María Cruz Valcárcel Siso, ni la que explica que invitara a la boda de su hija al presidente de la Región de Murcia, cuñado y hermano de los anteriores, implicaba el deber de abstenerse. No se daba respecto de los primeros el presupuesto del artículo 219.9ª pues no eran parte del proceso penal ni del segundo porque no consta que mediara entre el magistrado y el presidente de la Comunidad Autónoma una relación de amistad íntima.

El recurrente da mucha importancia a la invitación para asistir a la boda y a la complacencia que dijo el padre que le produjo la asistencia al enlace del Sr. Valcárcel Siso, y da por supuesto que a una celebración de esa naturaleza solamente se invita a los familiares y amigos íntimos. Seguramente, sucederá en muchas ocasiones pero no tiene por qué ser siempre así pues no es extraño que se invite a tales acontecimientos a compañeros de trabajo o estudio y a otras personas con las que no se tiene una relación de amistad íntima. Y tampoco es extraño que quienes tienen o han tenido una determinada posición institucional o social inviten también a aquellos con los que se han relacionado en razón de tal circunstancia. No nos parecen necesarias más explicaciones al respecto porque estos usos sociales son de sobra conocidos.

Descartada la existencia de razones de tipo subjetivo, queda el aspecto objetivo sobre el que igualmente se pronuncia en sentido negativo la Comisión Disciplinaria. Esta es una faceta sobre la que nada incide la amistad reconocida por el Sr. Pérez Templado con el matrimonio Doñate-Valcárcel y en la que únicamente podría contar esa invitación y presencia en la boda de su hija del presidente de la Región de Murcia. Limitada de este modo la cuestión, también consideramos correcto, como ya hemos

anticipado, el juicio expresado en el informe del Servicio de Inspección hecho suyo por la Comisión Disciplinaria. Tales invitación y asistencia se inscriben en el marco de unas relaciones sociales no infrecuentes entre las personas que desempeñan o han desempeñado cargos relevantes en un ámbito determinado, en este caso, el autonómico, en virtud de las cuales coinciden habitualmente en diversos actos y encuentros públicos y privados y no denotan por sí solas otra cosa que la existencia de dicha relación, por lo demás, de general conocimiento y sin ulteriores connotaciones. Las mismas características de la boda que resalta la información periodística recogida en la demanda --la asistencia a ella de numerosos invitados-- confirma lo anterior.

Pues bien, en un contexto de esa naturaleza no cabe atribuir al acontecimiento indicado la relevancia que la denuncia, primero, y la demanda, después, han querido atribuirle” (FD 4º).

2.1.3.4.- Denuncia de un Magistrado contra Presidente de un TSJ.

Denuncia de un Magistrado con motivo de acuerdo de la Sala de Gobierno relativo al régimen de funcionamiento en relación con dicho Magistrado: las ponencias que le fueran turnadas serían deliberadas por el Pleno. Inexistencia de responsabilidad disciplinaria. Se trata de una medida de gobierno frente a situaciones de disidencia entre Magistrados que, con independencia de su acierto, no es susceptible de constituir un ilícito penal ni disciplinario. STS de 12 de mayo de 2011 (RC 658/2009).

“(…) La decisión de la impugnación planteada por el actor hace conveniente unas consideraciones previas en los términos que continúan.

La primera es que la independencia judicial y el derecho al juez natural predeterminado por la ley son ante todo derechos y garantías de los ciudadanos, como emanación que son del derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de las Constitución (CE), y no privilegios de jueces y magistrados.

La segunda es que ese derecho fundamental del artículo 24 CE proclama expresamente un plus de efectividad para la tutela judicial que constituye su contenido; un plus que, a su vez, lo que exige es el normal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales sin perturbaciones que impidan, bien la reflexión que requiere la tarea jurisdiccional para su recto ejercicio, bien el marco de libre discusión que resulta imprescindible para que pueda darse realmente la actuación colegiada que el legislador ha dispuesto para los órganos judiciales pluripersonales.

La tercera es, en fin, que todas las potestades de gobierno judicial están dirigidas a asegurar la debida observancia de las anteriores exigencias y, entre ellas, esa posibilidad de medidas de gobierno frente a las situaciones de disidencia entre magistrados que aparecen previstas en el artículo 152.1.3º ; y, paralelamente, que la obligación de todo Juez o Magistrado de obedecer y respetar esas medidas es un aspecto muy principal de su estatuto profesional dirigido a procurar que el desempeño de su oficio no sea un obstáculo para que puedan adquirir real y plena virtualidad los designios que el artículo 24 proclama para el derecho fundamental de tutela judicial.

Desde las anteriores consideraciones, debe ya decirse que los hechos ocurridos en el TSJ de Castilla-La Mancha que el aquí recurrente denunció al Consejo, y que son los causantes de la pasividad intolerable (en su criterio) que aquí intenta combatir, son

medidas de gobierno judicial interno que fueron adoptadas por la Sala de Gobierno del mencionado Tribunal con base en unos datos que razonablemente permitían valorar que, si no se adoptaban, podían producirse perturbaciones en el funcionamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Estos datos objetivos son, no sólo el informe del Presidente de la mencionada Sala, sino también todos esos escritos suscritos por los restantes Magistrados de la Sala a los que se ha hecho referencia en el apartado 2 del primer fundamento de esta sentencia.

Tales medidas de gobierno podrán discutirse en cuanto a su acierto, pero lo que en modo alguno pueden considerarse es constitutivas, como aquí pretende el recurrente, de indicios de un posible ilícito penal o disciplinario.

Por tanto, la decisión del Consejo, de no atender las peticiones del aquí demandante de que se iniciaran actuaciones de depuración de responsabilidades penales o administrativas, fue conforme a derecho” (FD 3º).

2.2.- PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.

2.2.1.- Cuestiones procedimentales.

2.2.1.1.- Legitimación.

Las asociaciones judiciales no tienen legitimación para personarse como parte independiente durante la fase de tramitación de los expedientes disciplinarios. Dicha legitimación solo se admite en el proceso jurisdiccional en calidad de representantes expresamente autorizados por el concreto Juez o Magistrado que accione dicho proceso. STS de 22 de noviembre de 2011 (RC 444/2010).

“(…) El planteamiento que ha quedado expuesto pone de manifiesto que la verdadera cuestión planteada por la parte recurrente es si cabe reconocer a las asociaciones profesionales de jueces y magistrados legitimación para intervenir en la fase administrativa de los expedientes disciplinarios de forma autónoma e independiente en relación con el concreto juez o magistrado contra el que se dirijan.

Y así ha de ser considerado porque la presencia o comparecencia personal de estos últimos en esa fase administrativa es obligada, al ser el sujeto principal de la actuación investigadora que debe ser realizada en el expediente administrativo.

La respuesta a dicha cuestión tiene que ser negativa por todo lo siguiente.

Al ser obligada la comparecencia directa y personal del juez o magistrado en el expediente que se siga en su contra, según acaba de subrayarse, el obligado respeto al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE impone reconocerle total libertad para organizar su defensa en la forma que considere más conveniente para sus intereses.

Esto comporta que no puede admitirse una paralela personación de la asociación profesional en ese mismo expediente distinta y diferenciada de la que necesariamente ha de llevar a cabo el afectado, sin perjuicio de que la asociación le pueda ofrecer toda la asistencia jurídica que le solicite.

No cabe decir lo mismo del proceso jurisdiccional, porque en este la directa personación del afectado no resulta necesaria al ser posible que lo haga por medio de representante; y esto es lo que explica que el artículo 425.8 de la LOPJ limite la intervención de las asociaciones al proceso jurisdiccional, y permita tal intervención no como parte directa del mismo sino con el carácter de representante autorizado expresamente por el concreto juez o magistrado que accione en dicho proceso” (FD 3º).

En idéntico sentido, la STS de 1 de octubre de 2012 (RC 345/2010).

2.2.2.-Ámbito subjetivo.

2.2.2.1.- Falta de competencia sobre infracciones no cometidas por Jueces y Magistrados.

Falta de competencia del CGPJ para instruir expedientes disciplinarios en relación con presuntas infracciones cuya comisión no sea atribuible a miembros de la Carrera Judicial. STS de 27 de mayo de 2011 (RC 453/2010).

“(…) desprendiéndose del citado informe que el retraso obedecía a la demora por parte del centro penitenciario de Monterroso en remitir la documentación solicitada por el Juzgado, necesaria para la resolución de los recursos, aspecto que nada tiene que ver con la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados, competencia del Consejo General del Poder Judicial, procedió al archivo de la queja y a ordenar la remisión de copia de las actuaciones a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a los efectos procedentes, resolución que resulta plenamente ajustada a Derecho, pues el Consejo carece de competencia para instruir expedientes disciplinarios por hechos presuntamente constitutivos de una infracción de tal carácter, cuya comisión no aparezca atribuida exclusivamente a miembros de la Carrera Judicial, según resulta de lo dispuesto en los artículos 107.4, 133, 423 y concordantes de la LOPJ (por todas, sentencias de esta misma Sala de 14 de abril de 2010 -rec. 109/09 - y 14 de junio de 2010 -rec. 204/09 -).

Por esta misma razón el Consejo General del Poder Judicial, ni venía obligado a practicar investigación adicional alguna de los hechos denunciados, ni tampoco, contra lo que aduce el recurrente en su demanda, a instar de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias la comunicación de la resolución que pudiere dictar, que ningún efecto produciría sobre el acuerdo adoptado” (FD 5º).

Falta de competencia disciplinaria del CGPJ en relación con supuestas irregularidades cometidas por miembros del Tribunal Constitucional o del Ministerio Fiscal. STS de 4 de junio de 2010 (RC 281/2009).

“(…) Esta Sala no considera que la Comisión Disciplinaria errase en la interpretación y resolución de la queja que le fue formulada y si, a juicio del hoy recurrente, la estimación de lo pretendido realizada por dicha Comisión no se ajustó al verdadero objetivo de la queja que, según se aclara en la demanda era censurar la actuación del Ministerio Fiscal y no del Tribunal Constitucional, la causa de ello únicamente ha de encontrarse en los confusos e inconexos términos que el propio recurrente empleó en la redacción de la queja los cuales posibilitaron que la Comisión Disciplinaria entendiera que en la misma se reprochaba al Tribunal Constitucional tal inadmisión.

Por tanto, siendo razonable que el Consejo considerara que la queja se dirigía contra el Tribunal Constitucional, esta Sala estima que es conforme a Derecho la decisión de archivo de las actuaciones que alcanzó la Comisión Disciplinaria, al apreciar su falta de competencia para enjuiciar la actuación del Tribunal Constitucional por cuanto sus miembros no están sometidos al régimen disciplinario regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se refiere únicamente a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, pues el Tribunal Constitucional es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a lo dispuesto en su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

En este sentido, se debe significar que la actividad del Consejo se ciñe a la actuación desarrollada por los integrantes del Poder Judicial, de ahí que el artículo 414 de la Ley Orgánica antes citada establezca que: "Los jueces y magistrados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley.", y el artículo 415.1) que: "La responsabilidad disciplinaria sólo podrá exigirse por la autoridad competente, mediante el procedimiento establecido en este capítulo."

En consecuencia, la actuación del Consejo se limita, desde el punto de vista subjetivo, a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, y desde el objetivo, a la comprobación de si estos han incurrido o no en responsabilidad disciplinaria en relación a alguna de las infracciones que los artículos 416 y siguientes contemplan y conforme al procedimiento establecido.

Pero es que idéntica solución de archivo habría de alcanzarse aún cuando se entendiera que la queja se dirigía no contra el Tribunal Constitucional sino contra el Ministerio Fiscal, por no haber recurrido en súplica la decisión de inadmisión del recurso de amparo, puesto que del ámbito subjetivo a que se refieren los procedimientos de información previa que se sustancian ante la Comisión Disciplinaria se hallan excluidos cualesquiera sujetos que no ostenten la cualidad de Juez o Magistrado. El Ministerio Fiscal, como órgano sometido a su propio Estatuto Orgánico, (Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), no participa de tal naturaleza y por ello su actuación no puede estar sujeta, tal y como pretende el recurrente, a investigación por parte del Consejo General del Poder Judicial. El artículo 67 de la norma citada, señala a qué órganos corresponde imponer, en el caso que procediere, las correspondientes sanciones, sin que pueda atribuirse la investigación de las actuaciones realizadas por los mismos al Consejo General del Poder Judicial" (FD 3º).

La práctica de notificaciones de resoluciones judiciales es competencia del Secretario Judicial. Imposibilidad de que un retraso en dicha práctica pueda generar, en líneas generales, responsabilidad disciplinaria del Juez. STS de 25 de febrero de 2011 (RC 240/2010)

"(...) Como ya hemos dicho en otras ocasiones la responsabilidad sobre la práctica de las notificaciones le viene atribuida al Secretario Judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo, normalmente, susceptible de generar una responsabilidad disciplinaria en el Juez, que es la única que puede ser examinada por la Comisión Disciplinaria del Consejo, tal y como ha señalado esta Sala en sentencias de 22 de abril y 17 de julio de 2009, recursos

240/2008 y 623/2008. Si bien es cierto que tampoco cabe excluir en absoluto una responsabilidad eventual del Juez en casos muy concretos y excepcionales, en los que pueda vislumbrarse una dejación absoluta de su capacidad de interesarse sobre el cumplimiento por el Secretario de sus deberes legales dentro del proceso, incluido el de la práctica regular de las notificaciones. Sin embargo, no es éste el caso como se deduce de los hechos anteriormente expuestos” (FD 3º).

En similares términos, STS de 31 de mayo de 2010 (RC 296/2009).

2.2.2.2.- Pérdida de la condición de Juez o Magistrado.

No cabe exigir responsabilidad disciplinaria a quien ha perdido la condición de juez o magistrado. Exclusión del ámbito subjetivo de la potestad disciplinaria. Juez sustituta que es cesada por inidoneidad. Procedencia del archivo del expediente disciplinario acordado por el CGPJ. STS de 5 de noviembre de 2012 (RC 855/2011).

“(…) En efecto, la potestad disciplinaria que la Constitución le ha conferido se extiende exclusivamente a los jueces y magistrados. De ahí que la pérdida de tal condición deje fuera del ámbito subjetivo sobre el que tal potestad se ejerce a quien la experimente. Justamente esto es lo que ha sucedido en este caso: estando en curso el expediente que se incoó a la recurrente, esta fue cesada del cargo de juez sustituta para el que había sido nombrada. Abierto contra ella expediente disciplinario el 1 de marzo de 2011, fue cesada el 19 de abril siguiente cuando el expediente no había concluido. Por tanto, la decisión procedente era la que se tomó: el archivo, pues ya no cabía exigirle responsabilidad disciplinaria.

Tienen razón el Consejo General del Poder Judicial y el Abogado del Estado cuando advierten que los reproches que la Sra. Huerta Sánchez ha hecho a la actuación impugnada tanto en su recurso de alzada, como en la demanda y en el escrito de conclusiones, debió dirigirlos contra el acuerdo de la Comisión Permanente que dispuso su cese por considerarla inidónea para el cargo judicial que desempeñaba. Pero, una vez acordado, la Comisión Disciplinaria no tenía más opción que archivar el expediente en el cual, según señala la contestación a la demanda, no llegó a establecerse que hubiera incurrido, efectivamente, en la falta muy grave que se le imputó” (FD 4º).

2.2.3.- Inaplicabilidad del artículo 135 de la LEC.

No se aplican al procedimiento disciplinario previsto en la LOPJ las normas que, sobre presentación de escritos, se contienen en el artículo 135 de la LEC. Tampoco resultan aplicables las previsiones de esta norma jurídica sobre el incidente de nulidad de actuaciones. STS de 10 de julio de 2012 (RC 26/2011).

“(…) Lo combatido en este recurso, como resulta de lo expuesto, es la denegación por silencio de un incidente de nulidad de actuaciones contra la actuación del instructor de tener por extemporáneas las alegaciones que hizo el demandante a la propuesta de resolución, el posterior acuerdo sancionador dictado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y el último acuerdo plenario del Consejo que desestimó el recurso de reposición planteado frente a los anteriores.

Y los principales argumentos para ello se centran en la aplicabilidad al procedimiento disciplinario del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es

lo que determinaría, en el criterio del demandante, que ese escrito hubiese debido ser aceptado como temporáneo y, consiguientemente, que sea de apreciar para él un resultado de indefensión derivado de la controvertida declaración de extemporaneidad.

El citado artículo no se aplica al procedimiento sancionador previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues su campo de aplicación es el proceso judicial; y debe añadirse que tampoco juegan en el procedimiento administrativo las previsiones de este último texto legal sobre el incidente de nulidad de actuaciones.

Así mismo debe recordarse muy especialmente lo que ya esta Sala declaró en su sentencia de 6 de septiembre de 2011: que consta que las alegaciones en cuestión fueron elevadas al Pleno del Consejo General del Poder Judicial y este, en su acuerdo de 25 de febrero de 2010, las tuvo en cuenta y contestó; y por tanto, no es de apreciar la indefensión de la que se queja el Sr. Rodríguez San Vicente, pues no se vio materialmente privado del trámite y tampoco perdió la posibilidad de formular alzas ante el Pleno porque ese recurso no existe contra sus actos.

Siendo de añadir que el incidente de nulidad de actuaciones no está previsto en la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial del procedimiento disciplinario, ni en la establecida con carácter general para el procedimiento administrativo” (FD 4º).

En similares términos, STS de 6 de septiembre de 2011 (RC 367/2010).

2.2.4.- Caducidad.

2.2.4.1.-Doctrina general.

Caducidad de los procedimientos disciplinarios seguidos contra jueces y magistrados por transcurso del plazo máximo de seis meses previsto para su resolución en la Ley Orgánica del Poder Judicial. STS de 27 de octubre de 2011 (RC 581/2010).

“(…) Señala el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que “la duración del procedimiento sancionador no excederá de seis meses”, añadiendo que “cuando, por razones excepcionales, se prolongase por mayor plazo, el instructor delegado deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión”.

Esta Sala, tanto en la sentencia del Pleno de 27 de febrero de 2006 –recurso 84/2004-, superando un antiguo criterio jurisprudencial, como en las sentencias de esta misma Sala y Sección de 21 de marzo de 2006 –recurso 83/2003- y 27 de marzo de 2006 –recurso 86/2003-, ha declarado que “el plazo para resolver los expedientes disciplinarios lo fija la Ley Orgánica en seis meses –lo que ciertamente contrasta con el plazo de doce meses adoptado para los expedientes relativos a los Secretarios Judiciales y funcionarios al servicio de la Administración de Justicia-; pero, una vez anotadas esas diferencias de regulación, ninguna razón permite sostener que no deba operar respecto de los jueces y magistrados esa garantía del procedimiento, la caducidad, que impide que el expediente sancionador pueda estar indefinidamente pendiente de resolución”.

En posteriores sentencias de esta misma Sala como las de 25 de septiembre de 2006 –recurso 157/2003-, 13 de mayo de 2008 –recurso 185/2005-, 19 de mayo de

2009 –recurso 532/2007-, 8 de junio de 2009 –recurso 236/2006-, 17 de noviembre de 2009 –recurso 618/2008-, 27 de noviembre de 2009 –recurso 409/2008-, 7 de junio de 2010 –recurso 169/2009-, 28 de febrero de 2011 –recurso 601/2009- y 8 de junio de 2011 –recurso 494/2010-, hemos contemplado la existencia de circunstancias excepcionales que necesariamente pueden repercutir en la superación del plazo de duración normal de los expedientes disciplinarios, como expresamente se reconoce, además, en el artículo 425.6 de la expresada Ley Orgánica y así, como circunstancias excepcionales, a los efectos establecidos en el referido artículo 425.6 se consideran cuantos hechos y circunstancias impidan adoptar la resolución final sancionadora del correspondiente expediente disciplinario, dentro del plazo legal de seis meses, por su carácter anómalo, atípico e imprevisible, esto es, diferentes de los propios y característicos de la habitual sustanciación de este tipo de procedimientos administrativos.

En cualquier caso, la validez del acuerdo de prórroga de la duración del expediente debe estar necesariamente supeditada a la efectiva naturaleza y a la entidad objetiva de las concretas circunstancias en cada caso valoradas, sin que pueda disponer de entidad precisa y suficiente su mera invocación formal, toda vez que debe tener una incidencia real y efectiva en el discurrir del procedimiento, de manera que, si consta la lentitud del mismo y la existencia de períodos de inactividad durante su tramitación, no cabe otorgar concretos efectos jurídicos a la prórroga acordada” (FD 6°).

2.2.4.2.- Plazo de caducidad.

El plazo de caducidad es de seis meses y no de tres meses como indicaba el acuerdo de incoación del expediente disciplinario. STS de 10 de abril de 2012 (RC 519/2011).

“(…) Lo primero que resulta preciso puntualizar al abordar tal cuestión es que el plazo de duración del procedimiento sancionador no es de tres meses, tal y como sostiene el recurrente, sino que, conforme a lo previsto en el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, su duración no podrá exceder de seis meses. La indicación de un plazo de tres meses contenida en el acuerdo de incoación adoptado por la Comisión Disciplinaria carece de virtualidad para modificar el plazo legalmente previsto en el referido artículo, debiéndose considerar como una directriz impartida y dirigida al Instructor Delegado del expediente al objeto de poner en su conocimiento el plazo del que disponía para la instrucción del expediente, tal y como ya ha señalado esta Sala en sentencia de 27 de mayo de 2011 (recurso contencioso-administrativo nº 207/2010)” (FD 5°).

2.2.4.3.- Prolongación del plazo por razones excepcionales.

No pueden considerarse “razones excepcionales” para justificar la extralimitación del tiempo de duración del procedimiento disciplinario la dificultad del Instructor de obtener información de diligencias penales instruidas simultáneamente al expediente disciplinario sobre contenido de conversaciones telefónicas intervenidas en el proceso penal. El contenido de la instrucción penal en curso tiene legalmente carácter de secreto, y no es conforme a la Ley que el Instructor de un procedimiento disciplinario pueda obtener información del mismo, siendo las dificultades para obtenerlo normales y propias del régimen legal vigente. Las

conversaciones telefónicas intervenidas en el proceso penal en curso están cubiertas por el derecho fundamental a la garantía del secreto de las comunicaciones fuera del proceso penal. STS de 30 de abril de 2012 (RC 197/2010).

“(…) nuestro examen debe centrarse en un doble plano: a) si es jurídicamente aceptable que para la tramitación de un expediente disciplinario su Instructor pueda pretender obtener información de un proceso penal en fase de instrucción; b) si en todo caso la concreta información pretendida por el Instructor, consistente en el contenido de unas conversaciones telefónicas intervenidas en un proceso penal, puede ser utilizada como prueba en un procedimiento disciplinario, que es un procedimiento distinto del proceso penal en el que se acordó la intervención.

A la consideración de cada plano del análisis dedicaremos sendos fundamentos.

OCTAVO.-En cuanto al primero de los dos planos referidos debemos tener en cuenta que con arreglo a la normativa vigente, en concreto el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "las diligencias sumariales son secretas hasta que se abra el juicio oral"; por lo que no resulta conforme a la legalidad que el Instructor de un Expediente Disciplinario pretenda obtener información de una causa penal en fase de instrucción para aportarla como prueba a dicho Expediente.

No consideramos adecuada a la legalidad la consideración, que vemos implícitamente compartida por el Instructor del Expediente, por la Magistrada Instructora de la causa penal y por la misma Comisión Disciplinaria en su acuerdo de 11 de mayo, de que la dificultad del secreto en cuanto óbice para el posible acceso a sus datos del primero, surja de su declaración de secreto, prevista en el art. 302 de LECr, pues ese secreto lo es respecto de "las partes personadas" (Art. 302 LECr, párrafo primero). De ahí que el mantenimiento del levantamiento de ese secreto acordado por el Instructor en nada afecte al carácter secreto de las diligencias de la instrucción, que no deriva de una declaración del Instructor, sino que viene directamente establecido por la Ley.

Debemos afirmar por ello que el uso de los contenidos legalmente secretos de una instrucción penal resulta directamente contrario a la legalidad vigente.

Y en esas condiciones no puede aceptarse que la dificultad para el Instructor del procedimiento disciplinario de acceder a contenidos de una instrucción penal en curso, que es efecto normal de la legalidad vigente, y que por tanto constituye el marco legal ordinario que todos están obligados a respetar, pueda ser considerado como "razón excepcional" de las previstas en el art. 425.6 LOPJ, justificadora de la prolongación del plazo de caducidad del expediente disciplinario, como por lo demás ya hemos advertido en el planteamiento genérico del Fundamento Sexto.

Esta conclusión bastaría para poner aquí punto final a nuestro discurso, sin necesidad de abordar el análisis del segundo de los planos de consideración referidos antes. Pero la especial transcendencia constitucional de las cuestiones atinentes a él, y el hecho de que el riguroso planteamiento del recurrente al respecto desde el inicio del procedimiento disciplinario no haya obtenido respuesta en ningún momento de dicho procedimiento, ni siquiera en la resolución final del mismo, aconsejan que afrontemos el correspondiente estudio de la cuestión, dando respuesta por nuestra parte a aquel

planteamiento para la plena satisfacción del derecho de tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) del recurrente” (FD 7º y 8º).

La devolución del expediente al instructor para nueva calificación no es, en principio, circunstancia excepcional. STS de 27 de mayo de 2011 (RC 253/2010).

“(…) Sobre esta cuestión se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Recurso Ordinario 576/2007), y de 8 de febrero de 2010 (Recurso Ordinario nº 588/2007). En la primera de ellas se dice lo siguiente en el Fundamento de Derecho Sexto:

[...]

no cuesta excesivo esfuerzo concluir que está incluyendo dentro de ese plazo el tiempo consumido como consecuencia de la devolución. Corroboran esta interpretación los términos taxativos en que se ordena que no se superen los seis meses y la exigencia de que las razones excepcionales por las que puede superarse ese margen temporal sean explicadas por el instructor a la autoridad que mandó proceder y justificada su persistencia cada diez días, con lo que está subrayando su carácter singular y extraordinario. O sea, la ampliación del plazo en el diseño del legislador es una excepción vinculada a hechos también excepcionales, diferentes de los avatares del procedimiento que ya están previstos expresamente. La conclusión de que la devolución del expediente al instructor para nueva calificación no constituye una razón o circunstancia excepcional resulta con naturalidad de lo expuesto y late en las sentencias de esta Sección de 24 y 5 de noviembre de 2008 (recursos 115/2005 y 7/2006), 26 de marzo de 2008 (recurso 320/2004) y 27 de marzo de 2006 (recurso 86/2003) que apreciaron la caducidad del expediente a pesar de que la Comisión Disciplinaria hubiera hecho uso de la facultad que contempla el artículo 425.5 : en todas ellas se rechaza que mediaran las circunstancias excepcionales requeridas por dicho precepto. Y en la de 17 de marzo de 2008 (recurso 68/2005) se dice al respecto:

"Aplicando la anterior doctrina al caso que ahora se resuelve, necesariamente ha de llegarse a la conclusión de la procedencia de la anulación de los acuerdos sancionadores impugnados, al aparecer dictados cuando ya se había producido la caducidad del procedimiento por haber transcurrido con exceso el plazo legal, y sin que conste que ni por parte del Instructor, ni del CGPJ, se haya dado una explicación adecuada sobre la concurrencia de razón o circunstancias extraordinarias justificativas de la tardanza en resolver. Sin que puedan tomarse por tales, las reiteradas devoluciones del expediente desde el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, a la Comisión Disciplinaria, o de ésta al Instructor, puesto que esas devoluciones no son otra cosa que un lance ordinario del procedimiento sancionador, de cuya causa inmediata es ajeno al imputado, y que no tiene nada de extraordinario o excepcional, en los términos del art. 425.6 LOPJ".

Ahora bien, si la mera devolución del expediente al instructor no constituye por sí sola una circunstancia excepcional a los efectos que estamos considerando, tampoco debe descartarse que, en unión de otros factores, sí lo sea. Será preciso, por tanto, examinar cada caso para comprobar en qué medida se ve afectado por condicionamientos fuera de lo común que exijan ampliar el plazo de resolución. A tal fin, será preciso contrastar con cuanto conste en las actuaciones la justificación

ofrecida por el instructor o, en su caso, por la Comisión Disciplinaria para comprobar si, efectivamente, se han dado razones excepcionales.

Aplicando cuanto se ha dicho a este caso, además, de la evidente y no discutida superación del plazo para resolver, hemos de señalar que no advertimos la concurrencia de circunstancias que por su naturaleza excepcional justifiquen dicho exceso. No sirve la mera devolución, ni, desde luego, la afirmación por la Comisión Disciplinaria de que su decisión requiriendo una nueva calificación es una de las razones que permiten ir más allá de los seis meses. La excepcionalidad que contempla la Ley Orgánica no es la que resulta de su mera proclamación por el Consejo General del Poder Judicial. Es un concepto indeterminado que ha de ser precisado a partir de los datos de hecho concurrentes en cada supuesto.

Los que resultan del expediente ponen de relieve que aquí no se dio ninguna excepcionalidad. A diferencia de lo sucedido en otras ocasiones [por ejemplo, en la considerada por la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (recurso 157/2003)], ni se ha producido enfermedad alguna del expedientado, ni dificultades en las notificaciones o en la recepción de los distintos escritos y documentos, ni se advierte ningún elemento fuera de lo común que pudiera justificar la prolongación del expediente. Tampoco cabe imputar al Sr. Campelo Iglesias la paralización del procedimiento. Y, si se aprecia la rapidez con la que el instructor procede a formular nueva propuesta, la agilidad con que se notifica ésta al interesado y, tras sus alegaciones, se eleva por segunda vez el expediente a la Comisión Disciplinaria, es igualmente perceptible que, incoado el expediente el 13 de septiembre de 2006, no se tomó declaración al expedientado hasta el 4 de diciembre siguiente y que formulado el pliego de cargos el 12 de diciembre de 2006, no se notifica hasta el 8 de enero de 2007 al interesado y al Ministerio Fiscal.

La lentitud con la que se dan estos pasos iniciales y el tiempo empleado en cursar las notificaciones --y no la concurrencia de razones excepcionales-- explican la superación del plazo legalmente establecido. Por tanto, debemos apreciar la caducidad alegada por el recurrente y estimar su recurso, sin que sea preciso examinar las restantes cuestiones planteadas en la demanda» (FD 2º).

La concesión al expedientado de plazo para poner sentencias atrasadas no es circunstancia excepcional. STS de 7 de marzo de 2011 (RC 542/2009).

“(…) Pues bien, reiterada jurisprudencia de esta Sala viene considerando que no pueden considerarse circunstancias excepcionales aquellas que no son sino las propias de la normal tramitación del procedimiento administrativo. Es evidente que además, la primera providencia del Juez Instructor se dicta casi dos meses desde la iniciación del procedimiento, y que tratándose de un Juez en activo no puede entenderse como circunstancia excepcional las dificultades del Juez para ser notificado, pues dispone el ordenamiento jurídico de medios suficientes para asegurar dicha notificación, teniendo en cuenta además que el rechazo de la notificación equivale a la notificación válida. Y desde luego no se comprende que tenga tal carácter excepcional el hecho de que el instructor otorgue un plazo al expedientado para poner las sentencias atrasadas, pues si el cumplimiento espontáneo de esta obligación por parte del sometido a expediente disciplinario pudiera ser una circunstancia atenuante, no puede ser una circunstancia que justifique la paralización del procedimiento, dirigido a dilucidar la responsabilidad de hechos anteriores a la iniciación del mismo” (FD 2º).

2.2.4.4.- Incumplimiento de la obligación de dar cuenta.

Incumplimiento por el Instructor de obligación de dar cuenta cada diez días del estado de tramitación del expediente disciplinario prevista en el artículo 425.6 LOPJ. Vicio no invalidante. STS de 7 de junio de 2010 (RC 169/2009).

“(…) El recurrente, lejos de combatir la existencia de las circunstancias excepcionales que prevé el artículo 425-6 de la Ley orgánica del Poder Judicial, que ha hecho que esta Sala considere que deben darse necesariamente, sin que pueda alegarse simplemente la prórroga formal efectuada para salvar el transcurso del plazo de seis meses, se limita a denunciar que el instructor ha incumplido la obligación de dar cuenta al Consejo cada diez días del retraso del expediente. Como sostiene la parte recurrida este no es un vicio invalidante, pues la obligación va dirigida más a conseguir del instructor un exacto y tempestivo cumplimiento del plazo que a establecer un posible plazo de caducidad, el de los diez días, dentro del plazo general de seis meses. En consecuencia, no discutiendo el recurrente la situación excepcional que se recoge en la resolución que impugna no puede estimarse la caducidad de dicho expediente” (FD 2º).

2.3 FALTAS DISCIPLINARIAS.

2.3.1.- Conductas típicas comunes a tipos disciplinarios de distinta entidad.

2.3.1.1.- Ausencia o abandono de destino.

Presupuestos objetivos: ausencias continuadas e injustificadas. STS de 29 de septiembre de 2011 (RC 138/2010).

“(…) Para examinar si las circunstancias fácticas descritas (F.J. 2-1º, 2º, 3º y 4º) son merecedoras del reproche disciplinario, procede subrayar que el artículo 417.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de la redacción dada a este precepto mediante la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, contempla el abandono de servicio como una falta muy grave que exige para su concreta apreciación, según reiterada jurisprudencia de esta Sala -entre otras, la sentencia de 20 mayo 1992 -recurso 2987/1989-, que cita las anteriores de 7 de diciembre de 1984, 14 de noviembre de 1989 y 21 de enero de 1991-, que se haya producido una falta total, continuada y prolongada de asistencia al servicio encomendado, concretada en la firme y deliberada voluntad de no volver al respectivo puesto de trabajo y manifestada en una ruptura de facto de la correspondiente relación funcional de servicios.

También como falta muy grave, el mismo artículo 417.10 alude a la ausencia de la sede del Órgano judicial en que se encuentre destinado el Juez o Magistrado, por siete días naturales o más, supuesto de índole temporal que diferencia en esta clase de ilícitos disciplinarios la mayor o menor gravedad de los mismos, de forma que si esa ausencia abarca un período de tiempo que oscila entre los tres días y los siete -ambos naturales- se estará en presencia de una falta grave, según previene el artículo 418.9 de la propia Ley Orgánica; y si se trata de una ausencia inferior a tres días naturales constituirá una falta leve, según se desprende del artículo 419.4 de la misma Ley Orgánica.

En todo caso, para que dicha ausencia pueda ser merecedora de reproche disciplinario es necesario un presupuesto objetivo: que se trate de una ausencia no sólo continuada sino también, y especialmente, injustificada. De esta forma, el ilícito disciplinario de inasistencia al puesto de trabajo viene determinado por las siguientes notas características: a) el abandono temporal del correspondiente puesto de trabajo; b) la ausencia de motivo suficiente y preciso que justifique aquel abandono temporal y c) el desamparo provisional de los deberes profesionales por decisión imputable al titular del mencionado puesto de trabajo” (FD 5º).

2.3.1.2.- Falta de respeto.

Elementos exigibles para la concurrencia del tipo disciplinario consistente en falta de respeto a superiores jerárquicos. Distinción entre falta grave del artículo 418.1 LOPJ y la leve del artículo 419.1 LOPJ. STS de 8 de noviembre de 2012 (RC 361/2012).

“(…) La infracción constitutiva de la falta de respeto a los superiores jerárquicos del artículo 418.1 de la LOPJ, sobre la que se construye, de modo residual, la falta leve aquí aplicada, requiere, según la jurisprudencia contenida en la sentencia de esta misma Sala y Sección, de fecha 14 de julio de 1999 (Rec. Ord núm. 617/1998; F.D. 4º), los siguientes elementos:

a) un proceder de un juez que exteriorice una falta de respeto o consideración;

b) que el destinatario o sujeto pasivo sea otro juez o magistrado superior en el orden jerárquico del sujeto infractor; y

c) que la modalidad de la acción infractora no haya consistido en haber sido realizada estando presente el superior o en escrito a él dirigido o en el empleo de publicidad, circunstancias que, de concurrir, calificarían la conducta como falta grave del artículo 418.1 de la LOPJ.

Todos esos elementos concurren en las expresiones contenidas en el razonamiento jurídico tercero del Auto de 18 de enero de 2011, dictado por el actual recurrente, que son objeto de sanción, pues, más allá de la mera discrepancia jurídica, siempre legítima, existe una manifestación, objetiva y subjetiva, de menosprecio hacia la actuación del órgano jurisdiccional superior, a quien imputa el incumplimiento de la jurisprudencia constitucional, no sólo en el ámbito en el que se producen las divergencias de criterio (el relativo a la práctica de diligencias complementarias solicitadas por el Ministerio Fiscal en sede de Procedimiento Abreviado), sino también <<en otras materias>>, que no precisa, y que viene a introducir una nota de constancia y generalidad en tal proceder; así como la opción por una tesis <<que no defiende ningún autor procesalista de este país>>; expresión que no puede entenderse de modo distinto a como lo hace la resolución impugnada; esto es, el mantenimiento por el Tribunal Superior de una interpretación en solitario, y por ello, caprichosa, excéntrica y/o extravagante.” (FD 5º).

2.3.1.3.- Retraso injustificado.

2.3.1.3.a) Prescripción en los casos de retraso en el dictado de sentencias.

Inexistencia de prescripción. El retraso continúa existiendo hasta tanto no se ponga la sentencia. Falta de transcurso del plazo entre la fecha en que efectivamente se pone la sentencia y la de incoación del expediente disciplinario. STS de 7 de junio de 2010 (RC 169/2009).

“(…) Se alega por el recurrente la existencia de prescripción de determinadas faltas por algunos retrasos en concreto. Sin embargo, ni acredita la fecha en que puso las sentencias por cuyo retraso ha sido sancionado, ni por otra parte puede mantenerse la prescripción, cuando la resolución de la Comisión Disciplinaria reconoce que aún no se habían dictado las sentencias. Es evidente que si el actor hubiera probado que entre la fecha en que se dicta la sentencia y la apertura del expediente hubiera transcurrido un año, este hecho habría prescrito, pero si la sentencia no se ha puesto, la obligación persiste, y en consecuencia, hasta que no se ponga, el retraso continúa existiendo” (FD 5º).

En similares términos, STS de 5 de octubre de 2011 (RC 215/2010) y de 10 de abril de 2012 (RC 519/2011).

2.3.1.3.b) Doctrina general

Doctrina general sobre los tipos disciplinarios relativos a las faltas referidas a incumplimientos temporales de plazos procesales y a retrasos injustificados en el cometido de deberes judiciales. STS, Pleno, de 20 de abril de 2010 (RC 131/2009).

(…) “Esta Sala ha venido manifestando en relación con la infracción descrita (por todas, sentencias de 25 de septiembre de 2006 –recurso 157/2003- 5 de diciembre y 6 de julio de 2005 –recursos 43/2003 y 149/2002, respectivamente y 7 de febrero de 2003 –recurso 222/1999-) que la inobservancia de los tiempos legalmente establecidos durante el ejercicio de las funciones o competencias judiciales tiene su respuesta disciplinaria en las faltas muy grave, grave y leve que aparecen tipificadas, respectivamente, en los artículos 417.9, 418.10 (hoy, 418.11) y 419.3 de la LOPJ, que tienen como soporte común una conducta básica de retraso, diferenciándose en la mayor o menor reprochabilidad que deba atribuírsele en razón a la mayor o menor gravedad que revele el incumplimiento exteriorizado, lo que deberá ser ponderado en atención a las circunstancias bien cuantitativas bien de otra índole que hayan rodeado a aquel retraso que encarna el núcleo de la acción típica en esas tres diferenciadas clases de faltas. En este mismo sentido, el elemento subjetivo cuya presencia determina el retraso injustificado constitutivo de la infracción grave prevista en el artículo 418.11 de la LOPJ no sólo debe ser ponderado en relación a la situación general y a la cuantificación objetiva del resultado del retraso, sino que también debe ponerse en conexión con la trascendencia que tenga la actividad retrasada.

Ha de destacarse igualmente que el elemento subjetivo de la culpabilidad resulta imprescindible en toda infracción disciplinaria y, por supuesto, también en todos y cada uno de esos tres específicos tipos de infracción de que aquí se está tratando, lo que llevará consigo, en el caso de la falta grave objeto de análisis cuando se quiera apreciar en razón de un solo retraso, que queden individualizadas (y

probadas) las circunstancias reveladoras de esa mayor gravedad que represente, a su vez, la mayor reprochabilidad que determina la falta grave y no la leve.

Y lo que resultará inexcusable en cualquiera de esas tres faltas, incluida la falta leve del artículo 419.3, será que resulte inequívocamente demostrado que el puro retraso o la mera inobservancia temporal es imputable a la pasividad intencional o al descuido del Juez o Magistrado, debiéndose puntualizar que esa imputabilidad al Juez, cuando se trate de órganos que soportan una carga de asuntos que rebasan los módulos normales, exigirá que quede acreditado que tuvo un conocimiento singularizado de las particulares circunstancias del asunto. Entenderlo de otra manera produciría el injusto resultado de adicionar al mayor esfuerzo y dedicación que de por sí lleva la tarea de resolver el exceso de trabajo, unas funciones de control superiores a las normales y, a causa de esto último, un más elevado riesgo de incurrir en responsabilidad” (FD 6º).

Asimismo, sobre dicha cuestión STS de 29 de septiembre de 2011 (RC 342/2010).

“(…) Los titulares de los Órganos jurisdiccionales han de dar respuesta, en los tiempos legalmente establecidos, a las distintas pretensiones formuladas en los procedimientos judiciales, pues a estos deberes de índole carácter temporal responden los ilícitos disciplinarios previstos en los artículos 417.9, 418.11 y 419.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el caso examinado y a fin de determinar la significación objetiva de los distintos ilícitos disciplinarios a que aluden los preceptos citados relativos a incumplimientos temporales de plazos procesales y a retrasos injustificados en el cometido de los deberes judiciales, debe advertirse que la sentencia de esta Sala y Sección, de fecha 13 de julio de 2004 –recurso 573/2001–, señala que los términos “desatención” y “retraso” permiten una variedad de interpretaciones gramaticales que van desde una dejación absoluta y total en el ejercicio de funciones judiciales, comportándose el respectivo Juez o Magistrado como si tales funciones no le correspondieran en absoluto, y en todo caso sin justificación alguna y de forma reiterada –en lo que respecta al retraso–, hasta una posible interpretación más amplia y desfavorable, que pudiera incluir en la desatención a cualquier situación de abandono o de dejación. Y como puntualiza la sentencia de esta Sala y Sección de 13 de octubre de 2004 –recurso 143/2002–, el retraso a que alude el artículo 417.9 requiere que afecte a la resolución de procesos y causas, que sea reiterado y que carezca de suficiente justificación.

Por su parte, en la sentencia de fecha 10 de febrero de 2005 –recurso 175/2003– se declara que la falta de desatención abarca no sólo aquellas actuaciones que prescinden absolutamente de la obligada diligencia, sino también aquellas otras que se aprecian tras el detenido examen de los hechos, sin que dicha desatención tenga que ser necesariamente reiterada, toda vez que el elemento de la reiteración se predica en el artículo 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con respecto únicamente al retraso.

También, como se razona en las sentencias de esta Sala Tercera de 7 de febrero de 2003 –recurso 222/1999–, 6 de julio de 2005 –recurso 149/2002– y 20 de abril de 2010 –recurso 131/2009–, aquellos ilícitos disciplinarios derivados de incumplimientos

temporales, regulados en los artículos 417.9, 418.11 y 419.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ofrecen como notas características una situación objetiva de retraso, el incumplimiento de tiempos procesales y, al mismo tiempo, que ese incumplimiento tenga el carácter de injustificado; mientras que presentan como caracteres diferenciadores, en el caso del tipo leve que se esté en presencia de retrasos aislados y esporádicos, y en el supuesto de los tipos graves y muy graves, que se trate de un retraso de suma importancia –falta muy grave- o, en su caso, que constituya un retraso de relativa importancia –falta grave-. En este sentido, la ya citada sentencia de la Sala de fecha 13 de julio de 2004 –recurso 573/2001-, a la que debe añadirse la de 9 de julio de 2009 –recurso 261/2006-, indican, a los efectos de lo dispuesto en el expresado artículo 418.11, que el retraso ha de ser frecuente y repetido, afectando a una pluralidad de procesos y causas que denote una actuación general, constante y global del expedientado y no aislada, esporádica o meramente accidental” (FD 5º).

En similares términos, STS de 10 de abril de 2012 (RC 519/2011 y 521/2011).

2.3.1.3.c) Retraso en la tramitación de asuntos y en el dictado de sentencias.

Retraso injustificado en la tramitación de asuntos y dilación en el dictado de las sentencias. Distintas resoluciones sancionadoras a partir de una misma realidad fáctica. Inexistencia de vulneración del principio del non bis in idem. STS de 12 de febrero de 2010 (RC 359/2006).

“(…) De lo expuesto se deduce, que las dos resoluciones sancionadoras objeto de análisis, en contra de lo sostenido por el recurrente, sancionan, a partir de una misma realidad fáctica, conductas distintas que, además, son perfectamente compatibles. Así mientras el Acuerdo recaído en el expediente disciplinario 34/05 reprocha al Sr. Hernández Moreno el retraso, general e injustificado, en la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento, evidenciado en la visita girada por el Servicio de Inspección del CGPJ el 27 de enero de 2005, el Acuerdo hoy impugnado hace lo propio en atención a la persistencia de aquél transcurrido un año desde la visita de inspección, puesta de manifiesto en el informe emitido, el 20 de febrero de 2006, por la Unidad Inspectora 10ª del CGPJ, en el expediente de seguimiento 900/05 (folios 3 a 8 del expediente administrativo), que revela que la conducta viene referida a un periodo de tiempo distinto no contemplado en el primitivo acuerdo que, incoado el 21 de septiembre de 2005, concluyó, recordemos, el 25 de abril de 2006 y en un aspecto nuevo -la ausencia de sentencia-, cuando se incoa el nuevo expediente 12/2006, determinante de esta sentencia, con un plus de reproche derivado de la negativa consciente del Magistrado expedientado a dictar resolución, razón por la que no tiene en cuenta el hecho de que aquél finalmente dictara las resoluciones a que venía obligado, pues éstas, en cualquier caso aparecían pronunciadas mucho después del plazo legalmente previsto para su pronunciamiento, ello sin perjuicio de que se tuvieran en cuenta a efectos graduar la sanción a imponer. Lo que al parecer ocurrió visto la escasa entidad de la sanción impuesta, en relación a las posibles, según el art. 420.1, párrafo 2, LOPJ.

Y decimos que ambas sanciones son, además, perfectamente compatibles pues, en otro caso, se llegaría a un resultado que debemos calificar como inasumible, esto es que, sancionado el titular de un órgano judicial por retraso en la resolución de unos determinados asuntos, resultara imposible cualquier otro reproche disciplinario en caso de que persistiera en tal actitud en esos mismos procedimientos, con la

consiguiente afectación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos parte en aquéllos” (FD 6º).

2.3.2.- Faltas muy graves.

2.3.2.1.- Artículo 417.9 LOPJ: Desatención o retraso injustificado.

2.3.2.1.a) Modalidades de comportamiento típico.

Núcleo de la doctrina sobre la falta disciplinaria del artículo 419.9 LPOJ y los dos subtipos ella tipificados. STS de 9 de junio de 2010 (RC 147/2008).

“(…) El mejor estudio de toda esa impugnación que ha sido expuesta hace aconsejable recordar, con carácter previo, en los mismos términos que lo hizo la sentencia de esta misma Sala y Sección de 26 de marzo de 2008 (Recurso núm. 343/2004), cual es el núcleo principal de la doctrina que esta Sala tiene establecida sobre la falta disciplinaria del artículo 417.9 de la LOPJ. Y así se hace continuación.

Lo primero que debe destacarse es que dicha doctrina ha admitido la procedencia o posibilidad de incardinar en la conducta de "desatención" que menciona dicho precepto el incumplimiento por parte de un Juez o Magistrado, aunque sea aislado, que consista en la falta del ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales a que viene obligado.

Así lo ha hecho la sentencia de 2 de marzo de 2002, que declara que el ilícito administrativo descrito en ese artículo 417.9 LOPJ define como reprochables, con el carácter de falta muy grave, dos posibles conductas irregulares de los Jueces y Magistrados en relación con el ejercicio de las competencias judiciales a las que legalmente vienen obligados: a) la falta de dicho ejercicio cuando este sea inexcusable, a lo que equivale al vocablo "desatención", y b) la tardanza injustificada y reiterada en realizar ese ejercicio, a la que correspondería el vocablo "retraso".

Se ha completado lo anterior señalando que lo que el subtipo "desatención" contempla son aquellos supuestos en los que pesa sobre el juez un deber inexcusable de actuar en un determinado tiempo que es esencial, o de hacerlo de una determinada manera que está definida taxativamente; y que por ello lo que castiga es el hecho objetivo de la pasividad (cuando resulta inexcusable una actuación), o el proceder de manera contraria a la legalmente establecida (cuando existía la obligación de actuar en un determinado sentido, sin reconocerse un margen de apreciación).

Asimismo se ha destacado que la dicción gramatical del precepto también apunta hacia la dualidad de que se viene hablando. Su literalidad es ésta: "La desatención o el retraso injustificado y reiterado (...)" y, al emplearse estos dos últimos calificativos en singular y no plural, el texto revela que sólo son referidos al "retraso", y que por ello hay dos conductas básicas que, para encarnar la categoría de falta muy grave, exigen diferentes elementos de tipificación o cualificación.

Y también se ha dicho que el vocablo "desatención" gramaticalmente tiene dos acepciones, siendo la primera equivalente a falta de atención o distracción y la segunda a descortesía, falta de urbanidad o respeto. Y que esas dos diferentes significaciones está también presente en la LOPJ, pues la "desatención" del artículo 417.9 tiene la primera acepción y la "desatención" del artículo 419.2 tiene la segunda

(como revela la lectura de los textos completos de uno y otro precepto en los que aparece empleado el citado vocablo)” (FD 5º).

2.3.2.1.b) Retraso.

Para que la conducta de retraso injustificado pueda tener cabida en la falta muy grave resulta preciso que se constate una desidia absoluta, carente de toda clase de justificación. STS de 17 de mayo de 2012 (RC 654/2009).

“(…) Para que una conducta de retraso pueda ser encuadrada en la falta muy grave tipificada en el aquí aplicado artículo 417.9 LOPJ, resulta necesario que la pasividad profesional constatada demuestre una inhibición que merezca la calificación de desidia absoluta, esto es, que carezca de cualquier clase de justificación.

Entre los datos que deben ser tomados en consideración para decidir si concurre o no esa total falta de justificación, uno de ellos, muy importante, debe ser el nivel de estudio y reflexión que denoten las resoluciones, pues la preocupación de quienes se esfuerzan por extremar la cotas de rigor jurídico, exhaustividad, claridad y profundidad en sus resoluciones, para así dar mejor cumplimiento a la motivación que el artículo 120.3 de la Carta Magna establece como inexcusable canon de validez constitucional para toda sentencia judicial, tiene siempre que prevalecer frente a conductas que pretendan reducir la labor judicial a un automatismo decisionista más guiado por pautas de eficacia burocrática que por la atención individualizada que reclama toda controversia.

Y otro dato a tomar en cuenta será cualquier circunstancia que, por haber dificultado al juez el debido desempeño de su tarea, no permita apreciar ese máximo abandono profesional que ha de caracterizar a la falta muy grave”(FD 3º).

En similares términos, STS de 17 de mayo de 2012 (RC 582/2011).

2.3.2.1.c) Desatención.

La falta muy grave de desatención va referida a comportamientos realizados por los jueces y magistrados en su faceta de empleados públicos, pero no a la actividad que encarna el núcleo principal del contenido de la función jurisdiccional. Falta de cuidado que se debe situar extramuros de la decisión jurisdiccional. STS de 6 de octubre de 2010 (RC 524/2008).

“(…) La sentencia de 13 de noviembre de 2007 (Recurso 104/2004) de esta misma Sala y Sección ha dicho también que las faltas tipificadas en los apartados 9 y 14 del artículo 417 de la LOPJ están referidas a comportamientos realizados por los jueces y magistrados en su faceta de empleados públicos, pero no a la actividad que encarna el núcleo principal del contenido de la función jurisdiccional.

Ha insistido en que la función jurisdiccional abarca lo que es propia de ella, esto es, la delimitación de los hechos a los que debe referirse el enjuiciamiento, la admisión y valoración de la actividad probatoria y la elección de las normas que han de ser aplicadas para resolver el litigio, así como la interpretación de su alcance; y ha

declarado, así mismo, que la revisión o corrección de todo lo anterior sólo es posible a través de los recursos procesales.

Y, con base en todo lo anterior, ha concluido que la procedencia o posibilidad de que el incumplimiento por parte de un Juez o Magistrado pueda ser incardinado en las conductas de " desatención " o "ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales", tipificadas en esos apartados 9 y 14 del artículo 417 de la LOPJ , tendrá lugar cuando se haya producido una absoluta falta del ejercicio de la actuación jurisdiccional que legalmente resulte obligada, o cuando, por un desconocimiento o una falta de diligencia abiertamente inexcusables, haya sido negada una determinada intervención jurisdiccional positiva que resulte obligada y haya sido solicitada; pero no cuando haya existido una concreta resolución jurisdiccional en la que haya sido realizada una interpretación o aplicación jurídica que pueda resultar desacertada a juicio del interesado.

La sentencia de 1 de diciembre de 2004 (Recurso 214/2002), también de esta misma Sala y Sección , es un exponente de la doctrina que se viene exponiendo.

En ella se señala que la desatención debe abarcar las conductas producidas en el proceso de adopción de una resolución judicial que supongan la omisión de la diligencia que a todas luces sea absolutamente necesaria, pero con la matización de que esa falta de cuidado se ha de situar extramuros de la decisión jurisdiccional.

Lo cual viene a significar lo siguiente: que también tiene encaje en la "desatención" el descuido o la desidia en la labor material de examen de las actuaciones que resulta necesaria para el enjuiciamiento que comporta el ejercicio de la función jurisdiccional; y, paralelamente, queda fuera de ella el descuido que vaya referido a las operaciones de calificación o interpretación jurídica que forman parte de ese núcleo principal de la función jurisdiccional que antes ha sido delimitado" (FD 4º).

La desatención como falta muy grave requiere que la obligación de atender incumplida por el Juez se cometa con relación a una actividad procesal sobre la cual éste tenga plena disponibilidad y conocimiento. STS, Pleno, de 20 de abril de 2010 (RC 131/2009).

(...) Para pronunciarnos sobre esta cuestión debemos comenzar recordando la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 26 de marzo de 2008 y de 23 de octubre de 2006, así como las que en ellas se citan) sobre la falta disciplinaria de desatención, cuyo resumen más sustancial y suficiente se encuentra en la primera de las sentencias citadas, en la que se dice que "Lo primero que debe destacarse es que dicha doctrina ha admitido la procedencia o posibilidad de incardinar en la conducta de "desatención" que menciona dicho precepto el incumplimiento por parte de un Juez o Magistrado, aunque sea aislado, que consista en la falta de ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales a que viene obligado. (...) Se ha completado lo anterior señalando que lo que el subtipo "desatención" contempla son aquellos supuestos en los que pesa sobre el juez un deber inexcusable de actuar en un determinado tiempo que es esencial, o de hacerlo de una determinada manera que está definida taxativamente; y que por ello lo que castiga es el hecho objetivo de la pasividad (cuando resulta inexcusable una actuación), o el proceder de manera contraria a la legalmente establecida (cuando existía la obligación de actuar en un determinado sentido, sin reconocerse un margen de apreciación)".

Por otra parte, los concretos casos en que la Sala consideró correcta jurídicamente la sanción por infracción muy grave aplicada por el Consejo bajo este tipo tienen una característica común que aquí nos importa para determinar el nivel infractor de la “desatención” a que nos hemos referido con respecto al Sr. Tirado: en todas ellas el Juez o Magistrado sancionado cometió la infracción o bien en el momento de resolver, por desatención al contenido exigible en la resolución dictada (caso de las sentencias de 14 de julio de 2000 y de 2 de marzo de 2002) o bien porque estando avisado de una determinada situación sobre la que estaba obligado a pronunciarse de inmediato, no lo hizo (caso de la sentencia de 4 de junio de 2003, en el que el Magistrado Juez de Instrucción no había resuelto de inmediato sobre la situación de un detenido que le había sido presentado por la Policía).

De lo dicho se deduce que la desatención como falta muy grave requiere normalmente que aquella se produzca de forma que la obligación de atender incumplida por el Juez se cometa con relación a una actividad procesal sobre la cual éste tenga plena disponibilidad y conocimiento, bien porque se trate de una competencia que él mismo ha ejercitado, de modo que la falta se integre en el propio acto de ejercitarla, o bien porque haya sido alertado de la situación de hecho determinante de la obligación legal de dictar un pronunciamiento sobre la misma” (FD 11).

2.3.2.1.d) Casuística.

Incumplimiento del deber de control de medidas cautelares de privación de libertad. Deber de comprobación personal y directa del estado de las actuaciones por parte del Magistrado. No cabe su delegación en personal del Juzgado. STS de 9 de junio de 2010 (RC 147/2008).

“(…) Junto a lo que antecede, merece igualmente subrayarse (como ya hizo esa misma sentencia de 26 de marzo de 2008) que la libertad es un derecho fundamental, como también lo es su tutela judicial en términos de efectividad (artículos 17 y 24 CE).

Y que esto hace que el control jurisdiccional de la medidas cautelares de privación de libertad que hayan sido adoptadas en el marco de un proceso penal debe ser considerado como un importantísimo deber del correspondiente Juez o Magistrado que, precisamente por razón de esa trascendencia, se traduce también en la exigencia de que ese Juez o Magistrado examine personalmente el estado de las actuaciones donde ha de realizar ese fundamental control que le corresponde en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Respecto del control jurisdiccional que acaba de mencionares, debe añadirse, asimismo, que comporta para el Juez un deber de especial cuidado que, en el caso aquí enjuiciado, consistía en comprobar directa y personalmente la fecha en que concluía el plazo límite de la prisión preventiva y el de finalización o cumplimiento total la pena impuesta en la sentencia condenatoria.

Y ha de subrayarse también lo siguiente: que el incumplimiento de ese deber de control, cuando de la libertad se trata, permite, no sólo apreciar esa falta muy grave del tan repetido artículo 417.9, sino también una especial entidad en el incumplimiento profesional que la encarna a los efectos de recorrer el tramo de sanciones posibles.

Ciertamente el buen funcionamiento de una oficina judicial exige un reparto de tareas y hace inevitable un nivel de confianza del Juez en lo que realiza el equipo de funcionarios que integra la plantilla del Juzgado.

Pero hay funciones que, por su trascendencia en el proceso penal y su relevante incidencia en esos derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva (artículos 17 y 24 CE), requieren por parte del Juez un permanente, directo y riguroso control y, paralelamente, no toleran delegación ni confianza. Entre estas funciones figuran, por lo que antes ya se destacó, la vigilancia del curso de las medidas cautelares de privación de libertad que hayan sido acordadas.

Y se debe recordar, por último, lo que ya en pronunciamientos anteriores ha dicho esta Sala: que el titular del órgano jurisdiccional tiene la importante responsabilidad de ponderar la importancia y urgencia de los asuntos que estén en trámite y, en función de ello, realizar la atención prioritaria y el control riguroso que la singular naturaleza de algunos de ellos demande” (FD 6º).

Negativa injustificada de tomar declaración a detenidos puestos a disposición judicial. Falta muy grave de desatención. STS de 2 de julio de 2012 (RC 541/2011).

*“(…) Pues bien, por lo que respecta a la falta muy grave de **desatención** ninguna duda cabe de que los hechos probados encajan en el subtipo del artículo 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La negativa injustificada a tomar declaración a los detenidos puestos a disposición judicial ha sido considerado un supuesto de desatención por la jurisprudencia [sentencias de 20 de diciembre de 2004 (recurso 272/2002), 4 de junio de 2003 (recurso 114/2002), 17 de octubre de 2000 (recurso 274/1999)] y de ningún modo puede aceptarse como justificación del proceder de la Sra. Ramiro Bargueño el mal funcionamiento del sistema informático de gestión procesal pues, con independencia de que las incidencias del día 16 de febrero de 2011 estaban subsanadas a las 11:21 horas, antes de eso funcionaban correctamente otras aplicaciones como la de tratamiento de textos Word. Pero faltaría igualmente la justificación aunque no hubiera funcionado ninguna en todo el día porque la decisión judicial sobre la situación de quien está privado de libertad no puede en absoluto depender de una circunstancia de esa naturaleza: nada impide dictar la resolución correspondiente y escribirla a máquina o a mano, como apuntó ese día el Fiscal. La detención, efectivamente, ha de durar el tiempo mínimo imprescindible pues afecta al derecho fundamental a la libertad personal y no cabe prolongarla, aun dentro del plazo de setenta y dos horas que fija para su duración máxima el artículo 17 de la Constitución, ni un minuto más de lo necesario. Esto significa que también el titular del Juzgado competente, una vez puestos los detenidos a su disposición, debe resolver de inmediato sobre su situación. Al no hacerlo así la recurrente, ni estar justificada en absoluto su decisión, el Consejo General del Poder Judicial correctamente calificó su proceder de desatención” (FD 5º).*

2.3.2.2.-Artículo 417.13 LOPJ: abuso de la condición de Juez.

Elementos de la falta muy grave consistente en abusar de la condición de Juez para obtener trato favorable. STS de 7 de marzo de 2011 (RC 630/2009).

“(…) Respecto de la falta del artículo 417.13 de la LOPJ [“El abuso de la condición de juez para obtener un trato favorable e injustificado de autoridades, funcionarios o

profesionales"], la respuesta ha de darse a lo que se argumenta en la demanda en contra de su apreciación es la siguiente: (1) la actuación disciplinaria del Consejo está dirigida a dar satisfacción al interés general que significa garantizar el buen funcionamiento de los órganos jurisdiccionales [que comprende, entre otras cosas, depurar aquellos comportamientos que puedan generar ante la ciudadanía una desconfianza en la Administración de Justicia]; (2) una consecuencia de lo anterior es que la investigación y sanción de los posibles abusos no requiere necesariamente la denuncia de quien haya podido sufrirlos, pues lo importante para iniciarla será que consten, como aquí ocurrió, datos objetivos que permitan razonablemente considerar la posibilidad del abuso; (3) el elemento típico de la búsqueda de un trato favorable concurrirá cuando consten elementos que demuestren que esa fue la finalidad del abuso, pero sin que sea necesario que el sujeto activo del abuso haya logrado su propósito; y (4) la condición de "profesional" de sujeto pasivo no queda circunscrita a los desempeños profesionales que necesariamente se desenvuelven en el ámbito de actuación de la Administración de Justicia, pues se extiende también a cualquier profesional del mercado privado de actividades y servicios que pueda sufrir un abuso dirigido a que dispense un trato de favor en lo que sea el objeto de su actividad" (FD 4º).

2.3.2.3.- Artículo 417.14 LOPJ: ignorancia inexcusable.

Ignorancia inexcusable de sus deberes judiciales. Artículo 417.14 LOPJ. Tipo relacionado a comportamientos en la faceta de empleados públicos pero no con la actividad que encarna el núcleo del contenido de la función jurisdiccional. STS de 4 de octubre de 2010 (RC 233/2009).

"(...) Por último, conviene efectuar una última precisión respecto de la falta tipificada en el artículo 417.14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuya posible concurrencia expresamente se invoca en la demanda. Esta Sala [por todas, sentencias de 18 de diciembre de 2008 (recurso 242/06) y 13 de noviembre de 2007 (recurso 104/2004), con cita de las sentencias del Pleno de 1 de diciembre de 2004, dictadas en los recursos 214/2002, 170/2002 y 185/2002] ha dicho al respecto que "está referida a comportamientos realizados por los jueces y magistrados en su faceta de empleados públicos, pero no a la actividad que encarna el núcleo principal del contenido de la función jurisdiccional" (FD 4º).

2.3.2.4.- Artículo 417.15 LOPJ: absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales.

2.3.2.4.a) Prescripción.

El día a quo para el cómputo de la prescripción será el de la fecha de la sentencia que declara la absoluta y manifiesta falta de motivación de una resolución judicial, en el caso en que sean recurribles. STS de 2 de noviembre de 2009 (RC 611/2007).

"(...) Sobre la prescripción de la infracción hemos dicho que, de acuerdo con el artículo 417.15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la falta muy grave en él tipificada, tratándose de resoluciones judiciales recurribles, podrá ser sancionada tras el correspondiente procedimiento si, en sentencia firme, se aprecia su carencia de motivación manifiesta y absoluta. Y que, en ausencia de tal pronunciamiento judicial, este artículo no es aplicable, insistimos, si las resoluciones fueren recurribles. En

cambio, aquellas que no lo sean reciben un tratamiento legal diferente: la exigencia de responsabilidad disciplinaria por esta infracción muy grave en tal hipótesis requerirá de la denuncia de quien fue parte en el proceso en que se hubieren dictado.

Por tanto, proseguíamos, como estamos ante sentencias que fueron objeto de recurso, no cabe tener como dies a quo la fecha de las resoluciones aquejadas de falta absoluta y manifiesta de motivación. Habrá que fijarlo, por el contrario, a partir de la fecha de las sentencias firmes que la hayan apreciado, ya que sólo entonces será relevante disciplinariamente ese defecto y podrá hablarse de la falta muy grave que examinamos” (FD 4°).

2.3.2.4.b) Doctrina jurisprudencial.

Radical ausencia de toda fundamentación apreciada en sentencia firme. STS de 2 de noviembre de 2009 (RC 611/2007).

“(…) Obviamente, de los términos del precepto se desprende sin dificultad que la falta de motivación del artículo 417.15 no se corresponde con el vicio o defecto suficiente para fundar la anulación de una sentencia. No estamos ante un concepto de técnica procesal referible al silencio sobre alguna pretensión, es decir, a la mera incongruencia omisiva. Cuando se habla de "absoluta y manifiesta falta de motivación" se está contemplando otra cosa, algo cualitativamente distinto: la radical ausencia de toda fundamentación. Ausencia entendida, no sólo en sentido formal, sino sustancial. O sea, la que se produce cuando en el texto de una sentencia o de un auto, con independencia de su extensión, no se encuentra la ratio decidendi que conduce al fallo o que lleva a establecer los presupuestos de los que depende directamente. En otras palabras, la que se da cuando no cuenta con la motivación que debe contener, la que trae causa del debate procesal desarrollado ante el juez.

Por tanto, la conducta castigada por el artículo 417.15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consiste en no ofrecer ninguna explicación de por qué se resuelve de un modo y no de otro a partir de los resultados del proceso. A eso se refiere el calificativo "absoluta". Esa nota distintiva, sin embargo, no basta. La falta de motivación, además de absoluta ha de ser "manifiesta". Este término potencia al anterior pues significa que es ostensible que la resolución no ofrece las claves de la decisión en la que culmina, que no depende de operaciones interpretativas advertirlo.

Para justificar la actuación sancionadora por esta infracción muy grave en una resolución que la exija no es suficiente con que carezca absoluta y manifiestamente de motivación. Hace falta, si --como aquí-- es recurrible, que en sentencia firme se aprecie tal defecto esencial. Y, si no lo es, que medie denuncia de las partes. Así, pues, el Consejo General del Poder Judicial nunca puede proceder de oficio ni, tampoco, a instancia de terceros en el primer caso y, en el segundo, únicamente podrá hacerlo si lo piden quienes tienen la condición procesal de parte” (FD 6°).

Sobre análoga cuestión, STS de 2 de marzo de 2009 (RC 564/2007).

2.3.3.- Faltas graves.

2.3.3.1.- Artículo 418.5 LOPJ: abuso de autoridad.

Exceso o abuso de autoridad o falta de consideración. No se precisa un ánimo ofensivo. STS de 25 de junio de 2010 (RC 302/2009).

“(…) En el caso mencionado, el artículo 418.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece como falta grave a la que ya nos hemos referido "el exceso o abuso de autoridad o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, Secretarios, Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes de los Juzgados y Tribunales, de los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados y Procuradores, Graduados Sociales y Funcionarios de la Policía Judicial". Por su parte el artículo 419.2 tipifica como falta leve "la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio Fiscal, Médicos Forenses, Abogados y Procuradores, Graduados Sociales, con los Secretarios o demás personal que presten servicios en la Oficina Judicial, o con los funcionarios de la Policía Judicial".

En relación con las faltas grave y leve tipificadas en los artículos 418.5 y 419.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado que la desconsideración a que se refieren tales preceptos no exige un animus ofensivo, de forma que basta con la voluntariedad con la que se realiza la conducta, pues la infracción que nos ocupa se sitúa en un ámbito ajeno a las ofensas al honor y se ubica en el terreno de la urbanidad, la cortesía y los buenos modales; es decir, se trata de una conducta irregular que es contraria a la cortesía exigible en la actuación judicial (por todas, las sentencias de 24 de abril de 1998, de 26 de noviembre de 2002, 24 de diciembre de 2002, 21 de noviembre de 2003 y 9 de diciembre de 2005).

En consecuencia, lo relevante no es ya que se trate de conductas o expresiones desafortunadas o inoportunas, sino que suponen una reiterada falta de consideración hacia al personal auxiliar de la Administración de Justicia” (FD 13).

2.3.3.2.- Artículo 418.6 LOPJ: utilización de expresiones innecesarias o improcedentes.

Inexistencia de expresiones innecesarias o improcedentes desde el punto de vista del razonamiento jurídico. Indebida calificación dentro del tipo del artículo 418.6 LOPJ. Ausencia del requisito de procedibilidad. El Tribunal que admite un acuerdo de abstención de un Juez no conoce del asunto en vía de recurso contra una resolución de dicho Juez. STS de 27 de mayo de 2011 (RC 207/2010).

“(…) La resolución en la que se vertieron las expresiones que dieron lugar a la sanción era un auto en el que el Juez sancionado se abstenía del conocimiento de un determinado asunto, porque entendía que había tenido un conocimiento previo de la causa y había formado un "pre-juicio", siendo aceptada finalmente la abstención por el órgano competente. La finalidad que el Juez perseguía a través de la resolución que dictó era garantizar a la parte el derecho al Juez imparcial.

No puede olvidarse que el derecho al Juez imparcial es uno de los contenidos básicos del artículo 24.2º de la Constitución Española, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías. La imparcialidad y objetividad del Tribunal aparece no sólo como un requisito básico del proceso debido,

derivado de la exigencia de actuar únicamente sometidos al imperio de la Ley (artículo 117 CE), como nota característica de la función jurisdiccional desempeñada por los Jueces y Tribunales, sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1º CE), que está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopte sea conforme al Ordenamiento jurídico, y se dicte por un tercero, ajeno, tanto a los intereses en litigio, como a sus titulares.

La finalidad que guiaba la decisión del Juez debe ser tomada en cuenta a la hora de analizar si las expresiones que utilizó eran innecesarias o improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico.

Una simple lectura que las expresiones utilizadas, no permite afirmar que en relación con el objetivo pretendido en el Auto del que forma parte: que no era otra que poner de manifiesto la propia apreciación subjetiva de la pérdida de la imparcialidad del que lo suscribía, tales expresiones puedan considerarse manifiestamente ofensivas o irrespetuosas.

En el auto el Juez indica que " el Juzgador debe añadir su amistad (aparte de parentesco) con la otra acusada Doña Sonsoles (a quien Don Gervasio golpeó tan brutalmente como se refleja en las fotografías obrantes en los folios 228 a 232 de la causa, de modo que éste incluso se hizo daño en el quinto dedo de la mano izquierda (síntoma evidente de un denominado "puño fallido" cuando se golpea a otra persona), aunque paradójicamente se impute a aquella un delito de lesiones".

El uso de la expresión "golpeó brutalmente" y " síntoma evidente de un denominado "puño fallido" cuando se golpea a otra persona", no merecen la calificación de extravagantes u originales para una resolución penal. Son expresiones que frecuentemente se usan en las resoluciones dictadas en causa penal.

Tampoco pueden considerarse innecesarias o improcedentes, no eran inadecuadas o inoportunas desde el punto de vista del razonamiento jurídico, pues el Juez estaba indicando con ellas que ha formado un pre-juicio respecto a una de las partes, manifiesta que cree que el denunciante ha golpeado brutalmente a la denunciada y que además cree que existen pruebas en su contra, y por tanto este pre-juicio que exterioriza claramente hacia una de las partes le lleva a tomar la decisión de abstenerse.

La conducta del recurrente no encaja así en el tipo por el que ha sido sancionado. En todo caso, y aún en el negado de que las expresiones referidas pudieran merecer la calificación que se utiliza en el tipo de la infracción por la que se sanciona al recurrente, faltaría para ella el requisito de procedibilidad que se contiene en el tipo, pues se exige en él que la comunicación del Tribunal al Consejo General del Poder Judicial por "el Tribunal superior respecto de quien dictó la resolución, y que conozca de ella en vía de recurso". Es claro que el Tribunal que admite un acuerdo de abstención de un Juez no conoce en vía de recurso contra una resolución de ese Juez. Por todo lo cual procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida" (FD 5º).

2.3.3.3.- Artículo 418.11 LOPJ: retraso injustificado.

El control que incumbe a todo Juez y Magistrado de dirigir e inspeccionar los asuntos de sus respectivos órganos jurisdiccionales guarda relación con el ejercicio de la función jurisdiccional. El retraso en la tramitación de la ejecutoria también resulta imputable al Magistrado puesto que omitió su deber de control. Naturaleza privativa de la pena objeto de ejecutoria. STS, Pleno, de 20 de abril de 2010 (RC 131/2009).

“(…) El tipo contemplado en el artículo 418.11 de la LOPJ refiere el retraso que sanciona a los procesos o causas de que conozca el juez o magistrado en el ejercicio de su función, mención ésta que no puede referirse a otra que no sea la jurisdiccional. En efecto, esta Sala no puede compartir la argumentación desarrollada por el recurrente sobre el artículo 165 de la LOPJ, pues la determinación e interpretación del contenido y alcance de la dirección e inspección de todos los asuntos que, en sus respectivos órganos jurisdiccionales, atribuye a los Jueces y Magistrados no puede hacerse de forma aislada, solamente a la vista de la mención general contenida en este precepto, sino que exige ponerlo en relación con otros concordantes de la propia LOPJ y con las previsiones contenidas en las leyes procesales. Así, con el artículo 174.1 de la propia LOPJ, que ordena a los Jueces ejercer la inspección de los asuntos de que conozcan. Esa inspección acota su objeto (artículo 176 del mismo cuerpo legal) al examen de cuanto resulte necesario para conocer el funcionamiento del Juzgado o Tribunal y el cumplimiento de los deberes del personal judicial, con el fin de obtener una pronta y eficaz tramitación de todos los asuntos, exigencia a la que el precepto ordena atender especialmente. Por eso no puede aceptarse el sentido pretendido por el recurrente de que el contenido de esta inspección sea coincidente con la atribuida en los preceptos inmediatamente anteriores al CGPJ y a los Presidentes de Tribunales y Audiencias, dirigida a la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia y que, a diferencia de la atribuida al Juez, ninguna mención efectúa a asuntos en particular. Así como tampoco que aquélla tenga un carácter exclusivamente gubernativo, pues de esa pronta y eficaz tramitación de todos los asuntos, siempre referida a aquellos de que conozca el Juez o Magistrado, se desprende una íntima vinculación entre la función inspectora que venimos analizando y el ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha, configurándose la primera, en definitiva, como un medio que permite al Juez o Magistrado el adecuado ejercicio y cumplimiento de la segunda, en la que se integra. Otro tanto puede concluirse del artículo 436.6 de la LOPJ, que faculta al Juez para requerir al funcionario responsable, en las causas cuyo conocimiento tenga atribuido, cuanta información considere necesaria.

[...]

Esta Sala, en principio, con la salvedad que efectuaremos a continuación, coincide con la distribución que el recurrente efectúa de las competencias propias del proceso de ejecución, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 985, 988, 990 y 794), mientras impone en el proceso de ejecución de las sentencias en causas por delito ciertas obligaciones personales y categóricas al Juez o Tribunal que hubiere dictado la sentencia (así, la relativa a la declaración de su firmeza o la de adoptar, sin dilación, las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto), que fueron debidamente observadas en el caso concreto por el Magistrado hoy recurrente, no hace lo mismo respecto de otros actos requeridos por la ejecución, no concretados ni en cuanto a su contenido ni en cuanto a su autor (así,

por ejemplo, cuando establece que hecha la declaración de firmeza, “se procederá a ejecutar la sentencia” –art. 988-), debiendo interpretarse además tales previsiones de acuerdo con las exigencias derivadas de la LO 19/03, que vino a potenciar la actuación del Secretario Judicial y de la Oficina Judicial en la práctica de actuaciones no precisadas de decisión judicial.

Sin embargo, en razón de lo anteriormente argumentado, no podemos compartir la afirmación del recurrente negando tener competencia para velar por el cumplimiento de la decisión acordada en la ejecutoria en cuestión.

Pero es que además no podemos obviar las circunstancias relativas a la naturaleza del procedimiento Ejecutoria 31/06, en el que se produjeron los hechos sometidos hoy al enjuiciamiento de esta Sala, tratándose de un proceso penal, cuyo objeto venía constituido (entre otras penas y pronunciamientos) por el cumplimiento de una pena de prisión cuya suspensión denegó el propio Magistrado el mismo día de incoación de la ejecutoria, ordenando proceder a su cumplimiento, extremos éstos de suma importancia que nos obligan a separarnos de la fundamentación jurídica contenida en la resolución impugnada, en los términos que expondremos a continuación.

Las penas privativas de libertad, en el artículo 25.2 de la CE, tienen constitucionalmente asignados unos fines dirigidos a la reeducación y reinserción social del delincuente, cuya orientación exige que su ejecución sea lo más inmediata posible al momento en que concurren los requisitos legalmente exigidos para iniciar su cumplimiento. No es ajeno al Juez, por tanto, el momento en el que el condenado a una pena privativa de libertad efectivamente la cumple.

Es precisamente el carácter de la pena objeto de la ejecutoria y sus fines constitucionalmente asignados lo que impide al Juez penal, como se pretende en este caso, bajo el pretexto de haber ordenado proceder a su cumplimiento, desvincularse por completo de las incidencias que puedan acaecer en el procedimiento hasta su efectiva y real consumación, imponiéndole un específico deber de control, que genéricamente le corresponde en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, contrapartida de su estatuto de independencia y responsabilidad, cuya ausencia/retraso es el fundamento del reproche efectuado en el Acuerdo impugnado y que encuentra encaje en la infracción tipificada en el artículo 418.11 de la LOPJ.

En este sentido, la Sala (sentencia de 26 de marzo de 2008 –rec. 343/2004-) tiene declarado que si bien es cierto que el buen funcionamiento de cualquier órgano jurisdiccional exige “un reparto de tareas entre los integrantes del mismo – Juez, Secretario y Oficina Judicial- y hace inevitable un nivel de confianza del Juez en lo que realiza el equipo de funcionarios que integra la plantilla del Juzgado, hay funciones que, por su trascendencia en el proceso penal, requieren por parte del Juez un permanente, directo y riguroso control, que le corresponde en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, y que no tolera, paralelamente, delegación, ni confianza”, pronunciamiento que la sentencia refiere a la vigilancia del curso de las medidas cautelares de privación de libertad que hayan sido acordadas y que resulta igualmente predicable, en este caso, respecto de los actos dirigidos a la consecución del real cumplimiento de la pena de prisión previamente acordada, por la importancia intrínseca que se deriva de su propio contenido y de los fines que tiene constitucionalmente atribuidos.

En esa misma sentencia hemos afirmado la importante responsabilidad que tiene el titular del órgano jurisdiccional de ponderar la importancia y urgencia de los asuntos que estén en trámite y, en función de ello, realizar la atención prioritaria y el control riguroso que la singular naturaleza de algunos de ellos demande (bien mediante el examen personal del estado de las actuaciones o la petición de información al funcionario responsable prevista en el art. 436.6 de la LOPJ), debiendo concluirse, en este caso, el defectuoso cumplimiento por parte del titular del Juzgado de esta responsabilidad, pues si bien existen determinados asuntos cuya preferencia/urgencia resulta de una específica previsión legal (así, las causas con preso o los relacionados con la violencia doméstica y de género), hay otros en los que se deriva de su propia naturaleza y objeto por las razones que venimos exponiendo.

Las consideraciones expuestas nos impiden compartir plenamente el reproche que el Acuerdo impugnado efectúa al Magistrado sancionado con fundamento en el hecho de que, habiendo transcurrido más de un año desde que ordenara la citación de los penados, no llamara su atención su incomparecencia porque consideramos que tal reproche no puede entenderse en los términos absolutos que parecen desprenderse del Acuerdo, es decir, como la obligación del Juez de recordar las citaciones efectuadas a todos y cada uno de los condenados en las ejecutorias de su competencia, atendida la dificultad derivada del número de procedimientos tramitados en el Juzgado del que era titular, así como la atención requerida por otras labores jurisdiccionales (celebración de juicios, dictado de sentencias, resolución sobre pruebas y recursos, entre otras). Por esa misma razón, tampoco puede afirmarse que pese sobre el Magistrado una obligación personal de examinar materialmente el estado de la tramitación de todos y cada uno de los procesos de ejecución pendientes, salvo en el sentido que hemos expuesto, esto es, por la naturaleza privativa de libertad de la pena que era objeto de la ejecutoria, cuya tramitación, precisamente por tal carácter, sin necesidad de una concreta previsión legal al respecto, impone al Magistrado un específico deber de control en orden a su efectivo cumplimiento, sin que pueda permanecer pasivo ni eximir completamente su responsabilidad en esta clase de asuntos el hecho de que no se le dé en particular cuenta de su estado ni le sea denunciado por ninguna de las partes o porque rebase los módulos de dedicación establecidos para el concreto órgano jurisdiccional al que sirve, razón por la que, en este concreto supuesto, estas circunstancias, a diferencia de lo apreciado por esta Sala en otras ocasiones, siempre referidas a un retraso en el dictado de resoluciones judiciales, no constituyen motivo bastante para excluir en absoluto la falta que se le imputa.

En definitiva, es por las razones expuestas por las que la actividad de control omitida hemos de afirmar que tiene carácter jurisdiccional, por lo que también resulta imputable al Magistrado el retraso que se produjo en la tramitación de la ejecutoria, no sólo en cuanto no se consiguió el inicio del efectivo cumplimiento de la pena de prisión acordada hasta transcurridos dos años, dos meses y nueve días desde la incoación de la ejecutoria, lo que revela la trascendencia de la actividad retrasada, sino porque, tal y como se desprende del relato de hechos consignado en el fundamento segundo de esta sentencia, se produjeron en ella dos paralizaciones temporalmente relevantes: una en el periodo comprendido entre el 7 de marzo de 2006 y el 26 de septiembre de 2007, es decir, durante un año, seis meses y diecinueve días, en los que no se practicó actuación alguna y otro entre el 9 de octubre de 2007 y el 7 de marzo de 2008 (prácticamente durante 5 meses), en el que existiendo un trámite pendiente de realizar –el traslado al

Fiscal- éste no se verificó y que evidencian la falta de control que constituye el motivo del reproche y el carácter grave del mismo” (FD 6º y 7º).

Decisión de suspender determinados juicios de faltas y toma de declaraciones en diligencias previas. Inexistencia de cuestión jurisdiccional. Las causas de suspensión no se fundaron en motivos jurídicos. Acto voluntarista del Magistrado fundado en hechos falsos. STS de 11 de mayo de 2012 (RC 485/2011).

“(…) Desde estas consideraciones hemos de abordar si la conducta realizada por el recurrente, que fue calificada por el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de marzo de 2011, por el que se impuso al actor una multa de 6.000 euros, como constitutiva de una falta grave del artículo 418.11ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se adecua al tipo descrito por dicho artículo, que sanciona «El retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el Juez o Magistrado en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave».

El Magistrado recurrente sostiene que la decisión de suspender los Juicios de Faltas nº 425/2009, 90/2010, 101/2010, 102/2010 y 338/2010, señalados para su celebración el día 12 de mayo de 2010, era una cuestión jurisdiccional, y que por tanto no podía ser revisado por el CGPJ, afirmación con enlaza con la denuncia de falta de tipicidad de la conducta del recurrente.

Las providencias de suspensión se fundaron en la reciente incorporación del Magistrado al Juzgado, y tener que atender otras actuaciones y requerimientos preferentes, así como la reorganización de la agenda judicial, quedando pendientes de nuevo señalamiento.

Los hechos sí tienen cabida en el tipo sancionador, pues la causa de la suspensión no se fundó en un determinado enjuiciamiento o una interpretación de una determinada norma, procesal o sustantiva, para su aplicación al caso; esto es, en motivos jurídicos, como podría ser, por ejemplo, la necesidad de practicar citaciones a testigos, falta de diligencias de prueba, o cualquier otra cuestión jurisdiccional, sino que consistió en un puro acto voluntarista de Magistrado fundado en un hecho falso, como era la necesidad de atender otras actuaciones o requerimientos preferentes inexistentes, y la reciente incorporación del Magistrado al órgano judicial y la necesidad de reorganiza la agenda, que no puede considerarse como causa que justifique la suspensión de cinco juicios de faltas, necesidad de reorganización de la agenda que habrá de proyectarse hacia el futuro.

Por otra parte el recurrente olvida que también se le sancionó por la suspensión, en diligencias previas, de la toma de declaraciones ya señaladas a imputados, y en procedimientos civiles, de audiencias previas y juicios, sin que en alguno de los casos hubiera tiempo material para avisar a los interesados, antes de las fechas de los respectivos señalamientos y sin motivo concreto que lo justificase, así como por haber dado instrucciones a los funcionarios que tramitaban los procedimientos penales y civiles, relativas a que dedicarían a la firma de las distintas resoluciones un plazo no superior a diez minutos, plazo que en ocasiones, ni llegó a cumplirse, lo que hizo que aquellas perdieran efectividad y tuvieran que volver a reproducirse, y ello mismo aconteció cuando se produjo su cese, teniendo que rehacerse.

Es indudable que la conducta del recurrente entra de lleno dentro del tipo sancionador, y no estamos ante retrasos debidos a la toma de decisiones jurisdiccionales” (FD 9°).

2.3.3.4.- Artículo 418.12 LOPJ: incumplimiento o desatención reiterada a requerimientos.

El tipo sancionador del art. 418.12 de la LOPJ exige que los requerimientos se practiquen de forma reiterada. No sirve a tal efecto el requerimiento efectuado, en el seno de un expediente disciplinario, por el Instructor del mismo. Anulación de la falta grave e imposición de la falta leve prevista en el art. 419.5 de la LOPJ. STS de 3 de mayo de 2012 (RC 354/2011).

“(…) El precepto sancionador mencionado, ap.12° del art. 418 L.O.P.J., dentro del Cap. III del Tít. III, regulador de la responsabilidad de los jueces y magistrados, castiga disciplinariamente: “El incumplimiento o desatención reiterada a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el Consejo General del Poder Judicial, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Salas de Gobierno, o la obstaculización de sus funciones inspectoras.”

Es, pues, la desatención reiterada por parte del demandante a los requerimientos emitidos por los citados órganos de la Administración, o la obstaculización a la labor inspectora lo que, en definitiva, motiva la sanción impuesta.

[...]

Antes de enumerar los restantes argumentos planteados por el actor, debe destacarse que, ciertamente, según los hechos probados que la propia parte recurrida incorpora al acuerdo sancionador, sólo fueron dos los requerimientos formulados al Magistrado para que informara sobre la posible ubicación de los expedientes que aparecían desaparecidos o los devolviera: uno por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial mediante oficio de fecha 7 de octubre de 2009 y otro por el Instructor Delegado de fecha 27 de enero de 2010; ninguno de los dos se reiteró o practicó nuevamente con expreso apercibimiento de las posibles consecuencias. Si tenemos en cuenta que el expediente disciplinario se inició mediante acuerdo de la Comisión Disciplinaria del C.G.P.J., según aparece en autos, a fecha 22 de diciembre de 2009, debe estimarse irregular que el requerimiento llevado a cabo durante la tramitación, por parte del propio Magistrado instructor que instruía un expediente disciplinario se tuviese en cuenta a efectos sancionadores dentro del procedimiento en curso, y sin que se acordase ampliación de ningún tipo.

No cabe duda de que el tipo sancionador disciplinario aplicado al presente case, propio de la infracción grave, impone que los requerimientos al interesado, se practiquen de forma reiterada. Si no se practican de forma reiterada, como sucede en el presente caso, lo procedente y ajustado a Derecho es entender que se ha incurrido en la falta leve castigada en el apartado 5° del artículo 419 L.O.P.J., que únicamente impone la sanción de advertencia; ello desplaza también la calificación del comportamiento del interesado como propio de una obstaculización que ha llevado a cabo las resoluciones administrativas impugnadas” (FD 3° y 4°).

2.3.3.5.- Artículo 418.16 LOPJ: adoptar decisiones que generen ficticios incrementos del volumen de trabajo.

La necesaria repercusión beneficiosa en las retribuciones no constituye un elemento del tipo. STS de 19 de mayo de 2009 (RC 532/2007).

“(…) Lo primero que debe declararse es que, en la descripción del tipo contenida en ese apartado 16 del artículo 418 de la LOPJ, no hay ninguna referencia a que la conducta configurada como ilícito disciplinario en tal descripción haya tenido necesariamente una repercusión beneficiosa en las retribuciones del sujeto que la haya realizado, con lo que, en una inicial hermenéutica literal, no hay base para defender que esa incidencia retributiva que parece preconizarse sea un inexcusable elemento del tipo definido en ese apartado 16 que se viene mencionando.

Pero es que siguiendo una interpretación finalista de ese mismo tipo se llega al mismo resultado. Debe subrayarse al respecto todo esto que sigue: lo pretendido por ese ilícito disciplinario es castigar conductas que puedan obstaculizar el exacto conocimiento de la realidad judicial que ha de tener el Consejo para poder desarrollar adecuadamente su cometido constitucional de gobierno del poder judicial (artículo 122.2 CE); y ese conocimiento le resultaba necesario no sólo para fijar en su día la retribución variable, sino también para atender a muy diferentes y variadas necesidades comprendidas dentro de esa función de gobierno judicial (como lo son, entre otras, la comprobación de cual es la verdadera entidad los rendimientos judiciales alcanzados para definir a política de inspecciones o para determinar las necesidades de modificación de la planta judicial)” (FD 3º).

2.3.4.- Faltas leves.

2.3.4.1.- Artículo 419.2 LOPJ: desatención o desconsideración con iguales o inferiores.

Manifestaciones de Magistrada en un medio de comunicación sobre actuación profesional de un Juez de instrucción. Límites a la libertad de expresión. La posición de un Juez respecto del ejercicio de la jurisdicción por otros no es la de un simple ciudadano. Relación de sujeción especial de la que se derivan deberes especiales. Prudencia y moderación en las expresiones o valoraciones que realicen los Jueces y Magistrados. STS de 10 de abril de 2012 (RC 518/2011).

“(…) Al margen de que podamos coincidir con la recurrente en que se trata de un ilícito administrativo demasiado genérico en su formulación y necesitado de evidente precisión normativa en su aplicación, tanto en sus límites máximos como mínimos, lo cierto es que de estos preceptos se deriva claramente que la posición del Juez en relación con el ejercicio jurisdiccional de los otros jueces no es la de un simple ciudadano, sino que aquel se integra voluntariamente en una relación de sujeción especial, que tiene como consecuencia la exigencia de deberes especiales, entre ellos, el de respeto a los otros miembros del Poder Judicial, y de unos tipos sancionadores, establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, que limitan su derecho a la libertad de expresión, respecto a la que tendrían como simples ciudadanos. En este sentido el acuerdo impugnado recuerda la doctrina de la sentencia de 16 de diciembre de 1999 del TEDH (asunto Buceen v. Italia), cuando sostiene que " lo que exige a las autoridades judiciales llamadas a juzgar es la mayor discreción, con el fin de

garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocaciones".

En definitiva el legislador ha configurado un estatuto de los jueces que les prohíbe la pertenencia a partidos políticos y a sindicatos, y que como recoge el artículo 395 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introduce un límite a la libertad de expresión cuando se prohíbe dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, e incluso acudir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial. Ciertamente que como dice la recurrente esto supone limitar la libertad de expresión que tendría como simple ciudadano, y cierto también que caben otras soluciones legislativas, como ocurre en países de nuestro entorno cercano; pero esas no son las que ha querido nuestro legislador, en aras del mantenimiento de la necesaria neutralidad objetiva de los jueces.

[...]

La recurrente alega igualmente que no se respeta el principio de tipicidad, consagrado en el mismo artículo 25 de nuestra Constitución. Ciertamente cuando el artículo 419.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial castiga como falta leve " la desatención o desconsideración con iguales "está introduciendo en el injusto dos conceptos jurídicos indeterminados, lo que exige interpretar si en cada caso, el supuesto contemplado es o no incardinable en el mismo. Pues bien, en el caso analizado las frases que se dicen probadas por la resolución impugnada, aun reducidas a las admitidas por la recurrente, suponen una desconsideración con la labor de un compañero, del que se dice que nos tiene acostumbrados a tramitaciones lentas, al que se le imputa una deficiente instrucción, en tanto se dice que no ha tomado las medidas cautelares necesarias para evitar la sustracción de pruebas, o que no cumple con el deber de impulsar la investigación, no admitiendo las pruebas solicitadas por el Fiscal, y citando a declarar sólo a quienes se autoinculpan. Todo ello, teniendo en cuenta que la tramitación de la instrucción es secreta para quienes no forman parte del procedimiento y que en consecuencia las manifestaciones que son objeto de sanción no se hacen para expresar una divergencia jurídica con una resolución judicial, lo que sería legítimo, sino para sumarse a lo que parece ser una crítica general de los medios de comunicación acerca de la forma en que el Juez Instructor llevaba a cabo la instrucción. Y ello, al margen de que efectivamente pudieran ajustarse a la realidad y la instrucción pudiera ser corregida judicial o disciplinariamente; pero no corresponde a la recurrente ni lo uno, ni lo otro.

Como sostiene esta Sala y recuerda la resolución impugnada, los miembros del Poder Judicial vienen obligados por un plus de prudencia y moderación en sus expresiones o valoraciones, sin que puedan contribuir a la merma de la confianza social en la justicia, como ocurre cuando un miembro de la carrera judicial emite comentarios o valoraciones en público de carácter desconsiderado hacia otro integrante del mismo Poder" (FD 4º y 6º).

2.4.- SANCIONES.

2.4.1.- Cuestiones generales.

2.4.1.1.- Elevación de sanción con omisión del trámite de audiencia.

Elevación por órgano sancionador de la cuantía de la sanción propuesta por el Instructor sin dar trámite de audiencia al Magistrado expedientado. Inexistencia de indefensión. STS de 2 de marzo de 2009 (RC 564/2007).

“(…) La entidad de la infracción tipificada por el artículo 417.15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se proyecta en la sanción que merece. Precisamente, por eso, el Pleno se ha apartado de la propuesta del Instructor asumida por la mayoría de la Comisión Disciplinaria y ha suspendido al Sr. Cañamares Pabolaza por siete meses. En efecto, la justificación ofrecida por el acuerdo recurrido recalca la gravedad de la infracción a la que suma la reiteración con la que se ha producido y los antecedentes consignados en el expediente.

La demanda, ciertamente, no discute la proporcionalidad de la sanción. Se limita a quejarse de la indefensión que al Sr. Cañamares Pabolaza le habría causado la elevación del tiempo de suspensión desde los tres meses pedidos por el Instructor, a los siete que, además, conllevan la pérdida del destino, sin habersele oído al respecto.

No apreciamos, sin embargo, tal indefensión porque, desde el pliego de cargos el recurrente conocía que entre las sanciones que se le podían imponer estaba la de suspensión hasta por tres años. Conocía, igualmente, que el Ministerio Fiscal no limitó a los tres meses la suspensión que consideró procedente. Por otro lado, el artículo 421 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, alegado por el Sr. Cañamares Pabolaza, no impide este proceder pues cuando admite que los órganos competentes impongan sanciones menos graves se está refiriendo a una cuestión distinta: a que lleguen a la conclusión de que los hechos merezcan un inferior reproche disciplinario. De ahí que se haya considerado que no se infringe el artículo 24 de la Constitución, aplicable al procedimiento sancionador, cuando el órgano competente eleve la sanción propuesta por el instructor, siempre que lo haga dentro del margen legalmente establecido y respetando los hechos y su calificación jurídica consignados en el pliego de cargos, como ha sucedido aquí [sentencias del Tribunal Constitucional 55/2006 y de esta Sala de 3 de noviembre de 2003 (casación 4896/2000)]” (FD 11).

2.4.1.2.- Acuerdo sancionador en casos en que el instructor propone el archivo.

Sanción por falta leve en casos en que el instructor y el ministerio fiscal solicitan el archivo. Obligación de cumplir con la garantía del trámite de audiencia. STS de 30 de abril de 2012 (RC 336/2011).

“(…) Propuesto el archivo del expediente por el instructor y por el Ministerio Fiscal, la Comisión Disciplinaria le sancionó sin abrir previamente un trámite de audiencia para que la Sra. Lucía alegase sobre la calificación de los hechos como falta leve del artículo 419.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la procedencia de la sanción a imponer. Es cierto que por las faltas leves no es preciso incoar expediente sino que basta para resolver sobre ellas la audiencia al interesado (artículo 422.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). También lo es que en este caso, el Consejo General del Poder Judicial ha entendido que el traslado que se le dio de la denuncia y

la comparecencia de la expedientada ante el instructor satisfacen sobradamente esa exigencia. Sin embargo, es igualmente verdad que esta Sala tiene establecido que en supuestos como éste, en los que el instructor y el Ministerio Fiscal piden el archivo, el eventual exceso de procedimiento no puede justificar la imposición de una sanción por falta leve sin oír previamente al respecto a la interesada [sentencias de 6 de julio de 2005 (recurso 149/2002), 30 de junio de 2006 (recurso 56/2003) y de 3 de mayo de 2012 (recurso 290/2011)].

La primera de esas sentencias dice:

"Es cierto que hay sanciones cuya imposición, por su escasa entidad, sólo exige la audiencia del interesado previa información sumaria. Sin embargo, cuando el órgano sancionador, pese a lo anterior, opta por el procedimiento disciplinario normal y no sigue aquella tramitación más simple, debe observar todas las garantías establecidas en el procedimiento elegido. Y no puede, a pretexto del "exceso" de procedimiento, omitir dichas garantías.

En todo caso, debe significarse que por sencillo o simple que sea el expediente seguido nunca debe omitirse una previa formulación de cargos, en la que se comuniquen los hechos, su calificación y la sanción pretendida, y se ofrezca al interesado la posibilidad de rebatir esos esenciales extremos antes de que tenga lugar el acto sancionador" (FD 5º).

En similares términos, STS de 3 de mayo de 2012 (RC 290/2011).

2.4.2.- Sanción de multa: contradicción en las cuantías a imponer.

Relación entre el Art. 420.1.a) y el 420.2 LOPJ. Fijación de la cuantía de la multa con arreglo al Art. 420.2 e inaplicabilidad, por exigencia del principio de tipicidad del Art. 420.1.a). STS de 11 de mayo de 2012 (RC 485/2011).

"(...) Para determinar la cuantía de la multa que puede imponerse, debemos tomar como punto de partida la exigencia de tipicidad de la sanción, que en este caso nos conduce al artículo 420.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es la norma que regula de modo específico y preciso el tipo de sanción aplicable al concreto tipo de faltas. Dicho precepto establece que las faltas graves podrán sancionarse con multa de cincuenta mil una a quinientas mil pesetas. No se nos oculta que el apartado 1º del artículo 420 en la redacción resultante de la modificación producida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, al fijar de modo genérico el catálogo de sanciones, pero sin referencia concreta de cada tipo de sanción a cada tipo de falta, ha elevado la cuantía de las multas hasta 6.000 €. Resulta así que mientras que el art. 420, al enunciar el catálogo general de sanciones, prevé entre ellas la de multa hasta 6000 €, tal norma no agota la exigencia de tipificación que el art. 25 CE impone, lo que en realidad implica una cierta contradicción entre el art. 420.1 a) y el art. 402.2. Pero a la hora de decidir en el caso concreto la determinación de la norma aplicable, es claro, por exigencia de la tipicidad, que ha de optarse por la del art. 420.2.

El hecho de que la multa esté fijada en ese artículo en pesetas y no en euros, y que, al fijar la multa, se haga por el equivalente en euros, no afecta al principio de tipicidad, al estar fijada con carácter general la equivalencia entre una y otra moneda.

Sobre esas bases, siendo el margen de las multas imponibles por faltas graves el de 300,5 € a 3.000€, y al no haberse determinado circunstancias concretas atendibles para la graduación de la misma, procede fijar la multa en su grado mínimo; esto es, en 300,5 €” (FD 11).

2.4.3.- Resarcimiento de daños por anulación de sanciones.

Pretensión indemnizatoria de daños morales derivados de la imposición de una sanción posteriormente anulada. La estimación del recurso comporta su satisfacción. STS de 10 de abril de 2012 (RC 451/2010).

“(…) no procede estimar tampoco la reclamación respecto a los daños morales causados por el procedimiento disciplinario y la sanción impuesta, de conformidad a la doctrina recogida en sentencias de esta Sala, por todas la STS dictada por la Secc. 6ª, de esta Sala, de 2 Nov. 2006, (R.Ord. 164/2005) que exponiendo cómo la exoneración judicial del sancionado supone en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral, señala:

“Aceptada, por tanto, la existencia de un daño moral ha de recordarse que esta Sala ha declarado que la mera existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente, ni tampoco tiene que serlo de esa guisa. Así lo hemos declarado en Sentencia de 6 de mayo de 1.999 recogiendo, con argumentos idénticos, los de la Sentencia de 3 de marzo del mismo año. Efectivamente en el presente caso, no puede entenderse reparable el mencionado daño de carácter moral con la indemnización económica pretendida por el recurrente equivalente a cinco mensualidades de su sueldo, constituyendo dicha cuantificación un elemento de apreciación libre de la Sala que, valorando el conjunto de circunstancias que han concurrido y, fundamentalmente, el límite de personas a las que pudo trascender la improcedente constancia de la sanción, el carácter reservado de dicha documentación y el hecho de que en cualquier caso el expediente en que se hizo constar dicha sanción no produjo efecto ninguno, entiende la Sala que, al igual que se acordó en Sentencia de 3 de marzo de 1.999 (recurso 8103/94), «la presente sentencia constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral». Como en esa sentencia expresamente declaramos, «la respuesta que damos a esta parte de su petición es coherente con la que se emplea por Tribunales de nuestra cultura jurídica, cuando las circunstancias del caso así lo hacen aconsejable (cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 53/1998, de 28 de octubre, asunto Pérez de Rada)». Más recientemente así lo ha declarado dicho Tribunal en Sentencia de 30 de noviembre de 2.004 , asunto Fenech” (FD 7º).

En similares términos, la STS de 1 de octubre de 2012 (RC 345/2010).

“(…) La Sala viene reiterando que la estimación del recurso comporta una satisfacción de los daños morales que la sanción anulada hubiere causado al recurrente [entre otras, en las sentencias de 2 de julio de 2012 (recurso 338/2010), 10 de abril de 2012 (recurso 451/2010), 1 de diciembre de 2004 (recurso 170/2002), 21 de marzo de 2003 (recurso 512/2001)]. Asimismo, la jurisprudencia recuerda que forma parte de los deberes de los miembros de la Carrera Judicial soportar la incoación de expedientes disciplinarios cuando, como en este caso sucede, no ha sido fruto de una decisión arbitraria [sentencia de 1 de diciembre de 2004 (recurso 170/2002)]” (FD 6º).

Expediente disciplinario cuya resolución sancionadora es anulada en una sentencia posterior a consecuencia de apreciar la caducidad. Improcedencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial en la actuación que en dicho expediente desarrolló el consejo. No concurrencia de antijuridicidad. STS de 18 de mayo de 2010 (RC 194/2009).

“(...) El planteamiento de la demanda que ha quedado expuesto pone de manifiesto que la cuestión principal a resolver aquí es si el procedimiento sancionador que fue seguido al recurrente, con independencia de la caducidad que determinó la anulación de la sanción, puede considerarse en sí mismo un acto lesivo capaz de generar la responsabilidad patrimonial que ha sido reclamada en la vía administrativa al Consejo General del Poder Judicial y ahora se reitera en el actual proceso jurisdiccional.

Lo cual circunscribe el litigio a dar respuesta a este principal interrogante: si es de apreciar en la iniciación y desarrollo de la actuación que fue seguida por el Consejo, en ese procedimiento cuya caducidad fue posteriormente declarada, la nota de antijuridicidad que resulta necesaria para que pueda hablarse de lesión y responsabilidad y que, según la jurisprudencia, equivale a que se trate de una lesión que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar (sentencias de la Sección Sexta de esta Sala Tercera de 13 de enero de 2000, Recurso 7837/1995, y 28 de octubre de 2002, recurso 5956/1998, entre otras).

Esa respuesta tiene que ser negativa, porque el Consejo actuó en el marco de la actividad investigadora que le corresponde para ejercer debidamente la competencia que legalmente tiene atribuida sobre el régimen disciplinario de Jueces y Magistrados (artículo 107.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que es, a su vez, manifestación de su función constitucional de gobierno del poder judicial (artículo 122.2 de la Constitución).

Así tiene que ser considerado porque, en el caso enjuiciado, no sólo se está ante la manifestación de una potestad legal sino que, además, no consta que el expediente que en ejercicio de la misma le fue seguido al aquí recurrente fuera iniciado de una manera gratuita, injustificada o arbitraria; y buena prueba de esto es que en la demanda formalizada en el actual proceso no se hacen alegaciones dirigidas a poner de manifiesto que la incoación del expediente fue indebida porque estuvo carente de cualquier fundamento” (FD 3º).

Privación ilegítima del destino a Magistrado como consecuencia de una sanción ilegal, anulada en vía jurisdiccional. Derecho a ser indemnizado perjuicios ocasionados. Falta de voluntariedad de la participación de dicho Magistrado en concurso para provisión de destinos tras cumplimiento de la sanción. Carácter antijurídico de los daños. Inexistencia de ruptura de nexo causal. STS de 6 de junio de 2011 (RC 791/2009).

“(...) En el caso de autos el demandante fue privado de su destino en Granada por una sanción que posteriormente fue anulada en vía jurisdiccional por caducidad del expediente administrativo. Las sanciones de suspensión por tiempo superior a seis meses comportan, ex art. 365.2º de la LOPJ, la pérdida de destino, y el CGPJ optó por la imposición de una sanción de suspensión por tiempo superior a seis meses, lo que por imperio de la ley comportaba "la sanción añadida o accesoria de pérdida de destino".

Tras el cumplimiento de la sanción el recurrente solo tenía dos opciones, conforme se desprende del art. 366 de la LOPJ participar el primer concurso de traslados, asumiendo que podría ser destinado fuera de Granada, o pasar a la situación de excedencia voluntaria en espera de que el Tribunal Supremo resolviera sobre la procedencia o no de su recurso, anulara la sanción y pudiera en ejecución de Sentencia ser ingresado en su destino en Granada.

No consta que el recurrente dispusiera de otro medio de vida que no fuera su trabajo, por lo que no le era exigible que permaneciera en situación de excedencia voluntaria durante casi 3 años, tiempo que tardó en resolverse su recurso contra la imposición de la sanción. Así, en contra de lo que sostiene el CGPJ la participación del recurrente en el concurso no fue voluntaria, sino que vino impuesta por la decisión previa del CGPJ, que le impuso una sanción que llevaba aparejada la pérdida de destino y por tanto para reingresar en el servicio activo debía concursar.

Así las cosas, a la vista de lo hasta aquí dicho y de la causa de anulación de la sanción impuesta, podría plantearse la cuestión de si, concurre el requisito de antijuricidad entendida como ausencia del deber de soportar el daño.

Ahora bien, en el caso de autos el Consejo General del Poder Judicial, en abierta contradicción interna, admite el carácter antijurídico del daño como hemos puesto de relieve anteriormente.

Que el Consejo General del Poder Judicial reconoce el carácter antijurídico de los posibles daños resulta del hecho de que la propia resolución recurrida acuerda indemnizar al Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Robles por determinados conceptos –reíntegro de los haberes dejados de percibir durante el tiempo de cumplimiento de la sanción anulada y sus correspondientes intereses, así como el abono en el escalafón del tiempo de servicios dejado de computar por dicha causa-, por tanto lo que ahora está en cuestión no es el carácter antijurídico de la lesión, pues el resultado antijurídico del actuar de la Administración lo es o no lo es, pero no puede serlo para unos determinados conceptos indemnizables y no serlo para otros, sino que lo que está en cuestión es si está o no acreditado el daño individualizado y evaluable económicamente derivado de la pérdida del destino y la necesidad de permanecer durante un periodo de tiempo determinado en una población distinta hasta poder recuperar su destino original o al menos un destino similar en la misma población.

El hecho de que el hoy recurrente tomara parte en un concurso por imperativo del artículo 366.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es razón para sostener, como hace el Consejo General del Poder Judicial, que el concepto por el que se reclama no es indemnizable con el argumento de que la obtención de un destino determinado no es un derecho sino una expectativa.

El razonamiento sin dejar de ser cierto en su parte final en términos generales, la obtención de un concreto destino no es ciertamente un derecho, no lo es para resolver la cuestión que nos ocupa. Es cierto que no existe el derecho a obtener una plaza concreta en un concurso concreto, pero esa no es la cuestión que aquí nos ocupa, el daño en el caso de autos no tiene su origen en la no obtención de plaza en Granada

en el concurso convocado en el BOE de 2 de enero de 2006, el daño indemnizable es consecuencia de la privación ilegítima del destino que el recurrente ostentaba en dicha población como consecuencia de una sanción ilegal, que fue anulada en vía jurisdiccional. Esta anulación genera automáticamente el derecho a ser reintegrado al destino originario y a la consiguiente indemnización por los gastos extraordinarios que se acrediten hasta tanto se produzca dicho reintegro o se produzca una conducta del recurrente que impida aquél.

La cuestión objeto de debate no es, en consecuencia, la antijuricidad del daño, sino la realidad del mismo y cuál es el periodo de tiempo que debe computarse a efectos de fijar la correspondiente indemnización.

Ha de afirmarse en consecuencia, como línea de partida, que el recurrente tiene derecho a ser resarcido de los perjuicios causados por hallarse destinado en el Juzgado nº 5 de Cartagena, por causa de la pérdida de su destino en Granada como consecuencia de una sanción disciplinaria que resultó anulada.

Tampoco puede estimarse que se haya producido una ruptura del nexo causal como consecuencia de la conducta del recurrente que motiva el expediente disciplinario porque dicha ruptura también ha sido tácitamente negada por el Consejo General del Poder Judicial al indemnizar por los salarios dejados de percibir, ya que de haberse producido tal ruptura lo habría sido en relación con todas las consecuencias derivadas de la actuación de la Administración demandada y no solo en cuanto a alguna de esas consecuencias” (FD 3º).

3.- PROVISIÓN DE DESTINOS DE LA CARRERA JUDICIAL.

3.1.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES.

3.1.1.- Legitimación.

Concurso de traslados entre Magistrados. Plaza en Audiencia Provincial. Falta de legitimación de un particular para impugnar la adjudicación a una Magistrada. El descontento del recurrente con una actuación anterior de dicha Magistrada no puede calificarse de interés legítimo. STS de 7 de mayo de 2012 (RC 329/2011).

“(…) El recurrente, tal y como apreció el Acuerdo impugnado de 28 de abril de 2011, carecía de un interés legítimo para impugnar el Acuerdo de 21 de diciembre de 2010, no ostentando derechos que pudieran resultar afectados por éste.

La condición de interesado en cuanto titular de intereses legítimos afectados por las resoluciones, cuya nulidad se postula, viene siendo identificada por la jurisprudencia con la persona para la que del acto impugnado derivan beneficios o perjuicios actuales o futuros, pero ciertos, de manera que la anulación pretendida produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (por todas, sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 2008 (recurso de casación nº 2714/2004) y de 20 de julio de 2005 (recurso de casación nº 2037/2002).

Así las cosas, entendemos que el recurrente, más allá de una defensa abstracta de la legalidad, no ostenta interés alguno en relación con el Acuerdo de la Comisión Permanente de 21 de diciembre de 2010 impugnado. No existe la más mínima concreción de cuál pueda ser el interés del recurrente en la resolución que decida en favor de la seleccionada la adjudicación de la plaza de la Audiencia Provincial de Barcelona a Doña María Elena Iturmendi.

El hecho de que dicha Magistrada fuera antes titular del Juzgado de lo Penal nº 1 de Barcelona, en el que conoció del procedimiento abreviado nº 602/2008, en el que fué acusación particular el recurrente y en el que se produjeron las irregularidades que el recurrente relata, nada tiene que ver con repercusión alguna de la resolución del concurso en la esfera jurídica del recurrente. En realidad la única relación de interés imaginable, y desde luego no calificable como de interés legítimo, es la de trasladar a la resolución del concurso a favor de la Magistrada el descontento del recurrente por la actuación de dicha Magistrada en un proceso en el que el recurrente fue parte. Y obviamente dicho espurio interés en modo alguno puede ser aceptado como base de legitimación para la impugnación por el recurrente del acto recurrido.

Aun siendo cierto que esta Sala viene admitiendo la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa, cuando lo que se pretende en el proceso es que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de sus atribuciones [pueden verse las sentencias de esta Sala de 17 de febrero de 2009 (recurso 98/06); 26 de febrero de 2009 (recurso 4/08); de 30 de junio de 2009 (rec. 411/07); 16 de julio de 2009 (rec. 291/06); 5 y 14 de octubre de 2009 (rec. 199/08 y 274/06, respectivamente) y de 16 de diciembre de 2009 (rec. 500/08), entre otras], en el caso que examinamos resulta patente que el recurrente no pretende en su escrito de demanda la realización de ninguna actividad de investigación por parte del Consejo General del Poder Judicial, sino que únicamente pretende, según se desprende del suplico y del cuerpo de su demanda, que se revoque el acuerdo impugnado y se continúe con la tramitación administrativa del recurso dealzada a los efectos de la revisión del nombramiento de la Magistrada.

Es más, como reconoce el recurrente en su demanda, la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial ya acordó el archivo de la información previa nº 391/2010 relativa al Juzgado de lo Penal nº 1 del que era titular Doña María Elena Iturmendi Ortega, de modo y manera que, si el recurrente discrepaba de la conformidad a Derecho de aquella resolución de archivo, pudo interponer el correspondiente recurso y no aquietarse ante la misma, que al devenir firme y consentida impide que se reabra el mismo debate.

Por todo lo expuesto, hemos de negar que exista derecho o interés legítimo alguno del recurrente que pudiera resultar afectado por el mero hecho de que la Sra. Iturmendi Ortega fuera nombrada Magistrada en relación con el concurso de traslados entre miembros de la Carrera Judicial convocadas para la referida Audiencia Provincial de Barcelona. Ni tampoco se aprecia, a contrario, ventaja de tipo alguno que el recurrente pudiera obtener para el supuesto en que dicho nombramiento fuera anulado.

En consecuencia, procede declarar la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo” (FD 5º).

3.2.- NOMBRAMIENTOS REGLADOS.

3.2.1.- Juzgados.

3.2.1.1.- Asignación de plaza en órganos de jurisdicción mixta.

Magistrado ingresado en la Carrera Judicial por el cuarto turno en convocatoria para plazas del orden civil. Correcta exclusión del concurso para la cobertura de plazas de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción al tratarse de órganos con jurisdicción mixta. Limitación para plazas del orden civil. STS de 13 de junio de 2012 (RC 46/2012).

“(…) Lo primero que debe afirmarse es que una interpretación conjunta de esos artículos 311 (apartados 3 y 6) y 313 (apartado 5) conduce a lo siguiente: que la limitación de las convocatorias de concurso autorizada por el primer precepto está referida a las materias de concretos ordenes jurisdiccionales; y, efectuada la convocatoria con dicha limitación, "Sólo podrán apreciarse (...) los méritos que, estando comprendidos en el baremo, guarden relación con las materias propias del orden jurisdiccional a que se refiere la convocatoria del concurso" (artículo 313.5).

Esto, desde una perspectiva finalista, supone también lo siguiente: a) la aptitud para el ejercicio de la Carrera Judicial a cuya demostración están dirigidos esos "concursos limitados" está solamente referida al concreto orden jurisdiccional de la convocatoria; b) una lógica consecuencia de lo anterior es que, mediante esos "concursos limitados", no se acredita ni reconoce aptitud para el ejercicio judicial en ordenes jurisdiccionales distintos al de la convocatoria; c) la última derivación de lo anterior es que esa falta de aptitud operará en cualquier órgano que tenga asignado ese orden jurisdiccional distinto, esto es, tanto en los órganos dedicados a él en exclusiva como en aquellos órganos mixtos que lo desempeñan conjuntamente con el concreto orden de la convocatoria; y d) confirma lo que antecede la existencia de convocatorias de acceso a la carrera judicial referidas no sólo a las materias del orden civil sino a las "de los órganos con jurisdicción civil y penal compartida" (como la publicada en el BOE de 29 de julio de 2011).

La tesis principal del recurrente se aparta de la literalidad de esos preceptos de la LOPJ que acaban de mencionarse, y también de esa finalidad presente en ellos, según lo que se acaba de afirmar, de circunscribir la aptitud reconocida tan solo al concreto orden jurisdiccional a que haya sido limitada la convocatoria” (FD 5º).

En idéntico STS de 28 de septiembre de 2012 (RC 351/2012) y de 5 de julio de 2012 (RC 135/2012).

3.2.1.2.- Asignación de plaza en Juzgado Contencioso-administrativo.

Impugnación indirecta de la previsión contenida en el art. 186.2.b) del Reglamento de la Carrera Judicial 1/ 1995 en relación con el cómputo por mitad del tiempo de servicios prestados en comisión de servicios sin relevación de funciones. Declaración de nulidad del precepto por infracción del art. 329.2 LOPJ y de los límites de la potestad reglamentaria del CGPJ establecida en el art. 110.2 LOPJ. STS de 19 de junio de 2012 (RC 370/2011).

“(...) Entrando, pues en el análisis de la conformidad o no del art. 186.2.b) del Reglamento de la Carrera Judicial de 1995 con la LOPJ, dictado en ejercicio de la potestad atribuida al Consejo General del Poder Judicial por el art. 110.2 de dicha Ley, podemos adelantar que la Sala comparte en lo sustancial la argumentación de la recurrente sobre la disconformidad del precepto reglamentario referido con el art. 329.2 LOPJ, y en la misma medida discrepa de la tesis del Abogado del Estado.

En concreto, si el art. 186.1 del Reglamento dispone «las plazas en los Juzgados .. se proveerán de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo V del Título I del Libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial», entendemos que esa conformidad proclamada en dicho precepto reglamentario se rompe en el apartado 2.b) cuestionando, pues la norma reglamentaria altera esencialmente la regulación del art. 329.2 de la LOPJ, cuando introduce en el supuesto genérico de este precepto legal, que consideramos con la recurrente de inequívoca claridad, distinciones que alteran, restringiéndolo, el derecho de preferencia para la obtención de la plaza recurrida, y lo alteran en perjuicio de los Magistrados que, de atenernos exclusivamente a los términos de la Ley, resultan titulares de tal derecho.

El art. 329.2 de la LOJP, al enunciar la segunda de las reglas de preferencia que establece («En su defecto, se cubrirán con Magistrados que hayan prestado al menos tres años de servicio, dentro de los cinco anteriores a la fecha de la convocatoria, en los órdenes contencioso-administrativo o social, respectivamente...»), toma en consideración, como clave de tal supuesto, exclusivamente el hecho de la prestación de servicios, sin ningún matiz adicional relacionado con la situación en virtud de la cual se prestan, ni con el destino del Magistrado que los presta . Al hacerlo así, por otra parte, no deja la ley ningún flanco en descubierto, para cuya cobertura, en su caso, sea necesaria una regulación "de carácter secundario y auxiliar" (en terminología del art. 110.2 LOPJ), que, completando la regulación de la Ley, posibilite su aplicación.

Sencillamente, el precepto legal es en sí absolutamente claro y completo, y no precisa ningún complemento reglamentario. El alcance conceptual de su supuesto de hecho incluye de modo irrestricto toda situación de prestación de servicios, y establece un derecho legal de todo Magistrado que se halle en tal situación.

No podemos compartir por ello la argumentación del Abogado del Estado en su contestación a la demanda, en la que, saliendo al paso de la tesis de la recurrente sobre la claridad del precepto legal, que compartimos, y sin negarla, afirma que «más claro sería si los modos de prestar los servicios fueran únicos», y que «al no ser ello así... el precepto debe ser complementado para su concreción en las diversas situaciones...».

El hecho de que el precepto legal no se refiera a "los modos de prestar los servicios", no plantea duda alguna sobre el alcance del supuesto legal, ni dificultad aplicativa, simplemente evidencia que la ley no ha incluido en la definición el elemento diferencial que el Abogado del Estado aduce y en el que éste basa la necesidad de su complemento reglamentario.

El supuesto de la Ley es el que es, y la introducción de matices no incluidos en él introduce factores de diferenciación entre los beneficiarios del derecho que el precepto regula, que implican negárselo al que la ley se lo reconoce.

Tampoco cabe considerar que la amplia definición del supuesto del art. 329.2 LOPJ, interpretado en su sentido literal y finalístico (art. 3 CC), suscite dificultad alguna en una eventual interpretación contextual del precepto en relación con otros de la misma Ley, fenómeno hipotético que pueda justificar un complemento reglamentario. De ser así, hubiera sido necesario que, bien en la resolución del recurso de alzada, o bien por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda se precisase cuál fuera, en su caso, el precepto o preceptos, o incluso el principio deducible del conjunto de la Ley, con el que el art. 329.2 LOPJ suscitase dificultades de integración en el sistema. Y nada de ello se hace.

El precepto legal, por lo demás, en la amplia previsión de su supuesto resulta de perfecta armonía con el sistema en que se integra.

En él la preferencia que regula responde a un principio de especialización, que tiene un nivel superior en la preferencia establecida en el inciso primero para los que tienen la condición de Magistrados especialistas, y en un nivel subsidiario en el hecho de haber prestado servicio en el orden jurisdiccional de que se trate durante el significativo espacio temporal que la Ley señala, lo que considera, sin duda, como revelador de la adquisición por la práctica de los conocimientos precisos para ejercer en un Juzgado de lo Contencioso-administrativo.

La ley pudo optar, y no lo hizo, por tomar el hecho del destino en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo como clave de la preferencia; pero, cuando en lugar de optar por ese fácil factor limitativo de la preferencia, lo hizo por el de la prestación de los servicios, está poniendo en evidencia que es ese hecho material, y no el formal del destino, el elemento determinante de aquella.

Normalmente la prestación de servicios en determinado orden jurisdiccional viene aparejada al hecho formal de estar destinado en un órgano de ese orden; pero esa relación normal puede romperse, al menos durante ciertos periodos, en función de las distintas situaciones reguladas en la propia LOPJ: en concreto las comisiones de servicios, que permiten que magistrados destinados en un órgano de un orden jurisdiccional no presten servicios en el mismo sino que lo hagan en otro o que simultaneen la prestación de servicios en dos órdenes jurisdiccionales diferentes. Y es esa posibilidad, la que precisamente da sentido al hecho de que el legislador, en vez de establecer la preferencia en función del destino, lo haya hecho en función de la prestación de servicios, lo que conlleva la correspondiente selección del titular de esa preferencia.

Es indudable, como afirma el Abogado del Estado, que cada una de las situaciones en que los Magistrado pueden encontrarse «tiene un distinto contenido o intensidad en el desarrollo de la función judicial»; pero no es compartible, por el contrario, su tesis, según la cual «es claro que esta situación diferente han [sic] de corresponder asimismo, consecuencias distintas».

Que a situaciones distintas hayan de corresponder consecuencias distintas, dependerá de lo que al respecto disponga el legislador; lo que hará o no, según los contenidos estatutarios respecto de los que puedan proyectarse esas distintas situaciones. Pero que respecto de un contenido concreto, como es el de la preferencia para ocupar Juzgados de los Contencioso-administrativo, deban establecerse diferencias, cuando la Ley no las establece, supone ni más ni menos que la ocupación

del lugar que corresponde a la Ley por el que ha de aplicarla, marcándole la pauta de lo que debe decir, para, por no haberlo dicho, dar por sentado que ese silencio de la Ley abre el espacio para la regulación reglamentaria. No consideramos criterio aceptable de interpretación de la Ley el que parte de lo que, según el intérprete, la ley debiera decir, para así establecer insuficiencias de regulación justificadoras de complementos reglamentarios. Cuando lo que está en cuestión es la validez del Reglamento por un exceso "ultra vires", no cabe atribuir a la ley insuficiencias de regulación, cuando el texto de ésta es claro y completo y en modo alguno insuficiente, para de ese modo, a partir de la pretendida insuficiencia, habilitar el posible espacio regulador del Reglamento y rechazar el exceso que se le imputa.

En realidad ese argumento, que rechazamos, supone distorsionar el claro sentido de la ley, insertando en el mismo deficiencias o dificultades que en ella no se dan, para así justificar un complemento reglamentario de la misma, que altera el prístino sentido de la preferencia legal.

Si, pues, en el supuesto legal del inciso segundo del art. 329.2 LOPJ es solo el dato del orden de la prestación de servicios en lo contencioso-administrativo (en el caso que nos ocupa) y el tiempo de duración de esos servicios el factor determinante de la preferencia y del consecuente derecho que en ella se establece para los Magistrados incluidos en ese supuesto legal, una norma reglamentaria, que les excluya de la preferencia y les prive del derecho, resultaría contraria a la Ley, y por ello nula, conforme a lo dispuesto en el art. 62.2 de la Ley 30/1992.

SEXTO.- *Llegados a este punto e interpretado en los términos expuestos el alcance del supuesto de la preferencia del art. 329.2, inciso segundo de la LOPJ, el paso siguiente en nuestro discurso debe ser el análisis directo del art. 186.2 del Reglamento de la Carrera Judicial, aunque en realidad ya hayamos anticipado la valoración jurídica que nos merece.*

Sobre el particular hemos de partir de los límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial, definida en el art. 110.2 de la LOPJ, para decidir si el precepto reglamentario que nos ocupa puede alojarse en el ámbito de dicha potestad.

Son rasgos legales definidores de la misma los de que: a) la potestad atribuida lo es "con subordinación a las leyes", como no podía ser de otro modo, pues tal es la exigencia genérica de toda potestad reglamentaria por lo dispuesto en el art. 9.3 CE; b) que los reglamentos de desarrollo se deben limitar a "regulaciones de carácter secundario y auxiliar"; c) que la regulación reglamentaria debe limitarse a "condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar éste en su conjunto"; d) que la aprobación de los reglamentos viene condicionada a que éstos "sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta ley, en los casos en que así se prevea en esta u otra ley"; y e) que la ley en el marco general definido en los apartados anteriores enuncia, ("especialmente") sin carácter cerrado, una serie de materias en las que pueden dictarse reglamentos; pero sin que la mera posible inclusión en alguna de esas materias implique la desvinculación de las exigencias generales de los apartados precedentes.

Del elenco de materias referidas la del apartado b) («b) Forma de distribución entre turnos y de provisión de plazas vacantes y desiertas de jueces y magistrados») puede entenderse de principio que constituye el marco legal del precepto reglamentario que nos ocupa; esto es, el de provisión en la propia LOPJ de la posibilidad de una regulación reglamentaria sobre las preferencias para la cobertura de plazas vacantes de Juzgados de lo Contencioso-administrativo. Pero esa genérica previsión legal no vale para resolver sólo por ello, si el Reglamento dictado bajo su cobertura se atiene a lo exigido al respecto por la LOPJ, o si en él se incurre en un exceso "ultra vires". No puede olvidarse que la previsión legal incluye un elemento, en realidad reiteración de otras exigencias contenidas en apartados anteriores con formulación distinta, de que los reglamentos en cuestión "sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta ley".

Deriva de esta exigencia y acota el espacio posible de la regulación reglamentaria, el que cuando el contenido estatutario de que se trate (en este caso el de la preferencia debatida) la regulación de la ley es completa y clara, no se necesita para su aplicación y ejecución ningún reglamento complementario.

Y tal es lo que ocurre en el caso actual con la regulación de la Ley, según hemos razonado ampliamente antes, con lo que el precepto reglamentario sobre el que se debate está ya, solo por ello, fuera de lugar.

Dado el título del Capítulo II del Título X del Reglamento en el que el art. 186 se inserta ("Procedimiento de los concursos reglados") lo dispuesto en el apartado 1 de dicho artículo («las plazas en los Juzgados, en las Audiencias y en los Tribunales Superiores de Justicia se proveerán de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo V del Título I del Libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial») y el inciso inicial del apartado segundo del art. 186 («A los efectos previstos en el apartado anterior»), así como que en la Ley en el capítulo referido de que el precepto reglamentario es desarrollo, el tiempo de prestación de servicios en determinado orden jurisdiccional solo opera a efecto del régimen de preferencias, puede afirmarse de partida que la regulación del art. 186.2.b) del Reglamento que analizamos pretende ser desarrollo del art. 329.2 LOPJ.

Al hacerlo, se inmiscuye en la regulación de un elemento del supuesto de hecho de la Ley: el atinente al tiempo de prestación de servicios, introduciendo al respecto reglas para su cómputo. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que en el art. 329 de la LOPJ no se contiene ninguna habilitación reglamentaria para la regulación del cómputo del tiempo de servicios. Lo que contrasta por cierto con la existencia de otras habilitaciones reglamentarias a otros efectos. En concreto, en el mismo apartado 2 del art. 329 en sus dos incisos finales explica sendas habilitaciones para materias distintas.

Este silencio de la Ley respecto a la cuestión que nos ocupa es de por sí argumento valioso para entender que la regulación reglamentaria que nos ocupa carece de cobertura legal, extremo sobre el que luego incidiremos.

Si el Reglamento cuestionado se limitase a la mera reproducción de la preferencia en los términos definidos en la Ley, probablemente su regulación sería absolutamente superflua e inútil; pero se trataría de un problema casi de mayor o

menor corrección técnica, intrascendente desde la clave de la conformidad o no a la ley, que es la determinante para decidir la validez del Reglamento.

Pero el precepto en cuestión, innecesario para la aplicación y ejecución del art. 329.2 LOPJ, como acabamos de decir, no se limita a la reproducción del precepto de la Ley, sino que introduce un contenido propio, que es precisamente el objeto del debate procesal.

Ese contenido nuevo consideramos que altera esencialmente el supuesto de la ley en el que se define la preferencia que regula y el círculo de los titulares de la misma.

Al definir la norma reglamentaria, como lo hace, el cómputo del tiempo de servicios, lo que en realidad hace, (dado el fin explícito de la regulación enunciado, como se dijo, en el apartado 1 y en el inciso inicial del apartado 2 del art. 186) es regular cuáles son de los servicios prestados los determinantes de la preferencia. Y al hacerlo, priva de ella a Magistrados que, al estar inequívocamente incluidos en este irrestricto supuesto de la Ley, son titulares de dicha preferencia.

El que la prestación de servicios en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo lo sea en comisión de servicios o por ostentar la titularidad de un órgano jurisdiccional de ese orden; o que en el caso de la comisión de servicios ésta sea con o sin relevación de funciones, son elementos que están fuera del supuesto del art. 329.2 LOPJ, que, como se dijo, se acota de modo exclusivo, y dentro de esa acotación de modo irrestricto, por el hecho de la prestación de servicios; por lo que, con arreglo a la Ley, todo el que presta los servicios en el espacio temporal que en ella se establece, es titular de la preferencia y no cabe que la regulación reglamentaria del cómputo del tiempo de servicios, innecesaria, pueda privarle de ella. De ahí que la introducción por el Reglamento del dato de la situación en la que se prestan los servicios, al operar como factor diferencial del alcance de su prestación, no se acomoda a la definición del supuesto de la Ley y constituye en realidad una regulación alternativa a ella, que ni puede considerarse "de carácter secundario o auxiliar; ni referida a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar éste en su conjunto".

El mismo rechazo merece el que, sin base legal para ello, el Reglamento venga a alterar el supuesto legal referido, que es el que es, sin distinguos en lo relativo al cómputo del tiempo de servicios.

La privación de un derecho al que inequívocamente se lo otorga la Ley, como es el caso, supone una innovación vedada al Reglamento, que altera el estatuto judicial en el concreto contenido definido en la Ley, y cuya entidad no puede considerarse en modo alguno ni "de carácter secundario o auxiliar" ni "accesorio para el ejercicio de los derechos", o "necesario para la aplicación o ejecución de la Ley".

Y siendo ello así, como en efecto lo es, consideramos que se vulnera en el Reglamento la exigencia general, impuesta por el art. 9.3 CE, y de modo específico que el art. 110.2 LOPJ, de que la potestad reglamentaria que en este precepto de la Ley se atribuye al Consejo General del Poder Judicial se ejerza con subordinación a la Ley.

No hay tal subordinación a la Ley, cuando el derecho que esta otorga a unos magistrados se elimina, como consecuencia de la regulación reglamentaria, al

introducir en ella exigencias no establecidas en la Ley, que, si faltan, privan del derecho.

La consideración de que el servicio prestado en un determinado orden jurisdiccional lo sea en comisión de servicios o que lo sea con o sin relevación de funciones (se entiende que sin relevación de funciones el órgano de que se es titular), no implica que los servicios no se hayan efectivamente prestado, que es, con arreglo a la Ley, el único factor determinante de la preferencia que ésta otorga.

La comisión de servicios no supone en la Ley que los prestados en ejercicio de la misma sean diferentes o menores de los que correspondan al titular del órgano así servido. Nada hay en la LOPJ que permita entender lo contrario. La no relevación de servicios tiene que ver con los del órgano del que se es titular, no con los del órgano para el que se concede la comisión.

El Magistrado a quien se confiere una comisión de servicios para ejercer en tal situación las funciones de otro órgano, las asume en plenitud. Y con igual plenitud asume las responsabilidades derivadas de ese ejercicio.

Desde el punto de vista funcional y de responsabilidad hay una situación de absoluta igualdad en cuanto a la prestación de servicios en un órgano jurisdiccional entre el que lo hace por ser titular del órgano, y el que lo hace en comisión. Por ello, en la medida en que con arreglo a la Ley la prestación de servicios en el órgano otorga al que lo sirve un determinado derecho de preferencia, no cabe que el Reglamento, a base de regular las condiciones de la prestación de servicios prestados con elementos que no tienen base en la ley, pueda determinar que el reconocimiento de la preferencia se atribuya a la postre de forma distinta, en función de que el servicio se preste como titular del órgano o en comisión de servicios.

No sólo desde el plano de la relación Ley-Reglamento la diferenciación de situaciones por el Reglamento respecto de la prestación de servicios, distinguiendo éste, cuando la Ley no distingue, no resulta aceptable, sino que, incluso, en un plano superior: el del art. 14 CE, la diferenciación resulta rechazable, pues el elemento de diferenciación introducido en el Reglamento en relación con la situación de hecho unívoca prevista en la Ley, no resulta ni razonable, ni proporcionado al fin de la regulación, que es el de la regulación de la preferencia.

La irrazonabilidad de la diferenciación se pone de manifiesto en un examen crítico de los dos párrafos del art. 186.2.b) cuestionados, que desarrollaremos en el Fundamento siguiente.

SÉPTIMO.- *La interpretación del art. 186.2.b) debe atender a la conjunción de sus dos párrafos, pues el sentido del primero viene determinado por el del segundo, de ahí que nos viéramos obligados al planteamiento de la tesis en los términos que quedan reflejados en el Antecedente Octavo.*

En efecto, el párrafo primero, aisladamente, pudiera ser considerado de nula significación a los efectos que nos ocupan, salvo en una de las hipótesis incluidas en él; esto es, la preferencia por servicios prestados en un determinado orden jurisdiccional por el tiempo que establece el art. 329.2 LOPJ, inciso segundo. Desde el momento en que el párrafo que nos ocupa no distingue entre el orden jurisdiccional en que se

prestan los servicios en comisión y el correspondiente al órgano que se sirve como titular, en principio su sentido literal abarcaría tanto la hipótesis de que el servicio en comisión en el órgano para el que se confiere la comisión y en el de destino correspondiera al mismo orden jurisdiccional, como el de que el servicio en comisión correspondiese a un orden distinto; y la de que el orden jurisdiccional en que se prestasen los servicios corresponda al orden jurisdiccional del Juzgado a proveer en concurso y en el que debe operar la preferencia del art. 329.2 inciso segundo, como la de que el tiempo de servicios al que se refiere el párrafo lo fuera en un orden jurisdiccional diferente al del Juzgado en el que la preferencia entre en juego.

Solo la hipótesis de que el órgano servido en comisión fuese distinto del de destino, y el primero correspondiese, no así el segundo, al órgano en que debe operar la preferencia, el párrafo que analizamos suscitaría un grave problema de colisión con el supuesto del art. 329.2 de la Ley de constante cita, pues en ese caso, al tener el tiempo de los servicios en comisión "la consideración de servicios prestados en el orden jurisdiccional al que pertenezca el destino que se ostente en propiedad", el Magistrado que se hallase en tal situación se vería privado del derecho de preferencia que la Ley le otorga, al no ser computables en el orden jurisdiccional en el que ésta debe operar. Por ello esa hipótesis en principio incluible en el supuesto del precepto reglamentario debiera ser excluída del mismo.

En los demás el precepto reglamentario resulta perfectamente inútil, por superfluo, pues si hay coincidencia de orden jurisdiccional entre el del órgano de la comisión y el del destino, en la medida en que se está computando tiempo de servicios, que no volumen de trabajo, tanto da, (a los efectos de la preferencia que nos ocupa, si es que debe entrar en juego por el orden jurisdiccional de que se trate) que se imputen los servicios a uno como al otro órgano. Por el hecho de prestar servicios en dos órganos jurisdiccionales de un mismo orden jurisdiccional no se presta más tiempo de servicios, que es el único factor tenido en consideración en el supuesto del art. 329.2 LOPJ.

Poniendo en relación el párrafo primero con el segundo, el primero adquiere sentido en cuanto referido a hipótesis distintas a las del párrafo segundo, que se refiere a la de que "el órgano para el haya sido conferida la comisión de servicios pertenezca a un orden distinto" del orden jurisdiccional al que pertenezca el destino que se ostente en propiedad.

Debe, pues, entenderse que el párrafo primero en su prístino sentido en el marco conjunto en que se integra se refiere a los supuestos de coincidencia de orden jurisdiccional de los dos órganos, con la inutilidad que se ha explicado.

Ahora bien, si se eliminase del ordenamiento jurídico el párrafo segundo exclusivamente, al no operar ya el elemento de contraste que le daba su sentido inicial, adquiere otro más amplio, pues en tal caso se incluye en él la hipótesis de órdenes jurisdiccionales diferentes, con el problematismo que se explicó y con la consecuencia antes razonada.

Eso es precisamente lo que nos llevó al planteamiento de la tesis, pues, si sólo se declarase la nulidad del párrafo segundo, la consecuencia sería en el caso de la recurrente, que no es que no le fueran computados en su totalidad los servicios prestados en el orden contencioso-administrativo, sino que no le serían computables en

absoluto, al tener que ser computados en el orden al que corresponde el órgano al que pertenece el destino que ostenta en propiedad.

Lo razonado nos lleva a considerar que la eliminación del párrafo segundo debe conllevar al tiempo la del párrafo primero, pues el único contenido no superfluo de éste incurre en la misma contradicción con la Ley que la del párrafo segundo.

Centrándonos, pues, en el análisis del párrafo segundo, entendemos que, no se trata solo de que entre en colisión con el art. 329.2 LOPJ, inciso segundo, sino que en sí mismo carece de razonabilidad.

Téngase en cuenta, al analizar el alcance del precepto, que no se trata de que los servicios prestados en un órgano funcionalmente mixto (esto es, al que le corresponden funciones de dos órdenes jurisdiccionales), a la hora de establecer el tiempo de servicios prestados en cada orden, el tiempo total de servicios en el órgano se distribuya por mitad entre cada orden. En ese caso el cómputo por mitad podría tener sentido.

Se trata, por el contrario, no de la duplicación de funciones en un mismo órgano, sino de desempeño en plenitud de las funciones de dos órganos diferentes de dos órdenes jurisdiccionales distintos.

En esas condiciones consideramos que, a los efectos del cómputo del tiempo de servicios prestados en el órgano para el que se ha conferido la comisión sin relevación de funciones, no existe razón discernible para que al que los presta en tal situación, el tiempo se le compute por mitad, si al titular de ese órgano o al que pudiera servirlo, en su caso, en comisión de servicios con relevación de funciones, el tiempo de los servicios prestados en estas dos situaciones le sería computable en su totalidad, cuando los servicios prestados en una u otra condiciones son las mismas.

Un mismo hecho: la prestación de servicios en un orden jurisdiccional, único hecho constitutivo del supuesto del art. 329.2 LOPJ, de constante cita, da lugar en la regulación reglamentaria a dos cómputos de tiempo de servicios diferentes, en razón de un dato formal no incluido en el supuesto de la Ley: cómputo en plenitud, en el caso de la titularidad del órgano o de la comisión de servicios con relevación de funciones, y cómputo solo por mitad, en el caso de la comisión de servicios sin relevación de funciones.

Tal vez no sería difícil buscar la explicación del trato dispar en la consideración de que las comisiones de servicio sin relevación de funciones se refieran normalmente a órganos jurisdiccionales de trabajo menos intenso que el de otros. Pero esa hipotética explicación deja de tener sentido, cuando ese eventual trabajo de poca intensidad da lugar a la preferencia, si el que lo presta fuera el titular del órgano.

Desde la óptica de la preferencia el hecho del tratamiento desigual es incuestionable, y de ahí su falta de razonabilidad.

A la hora de computar el tiempo de prestación de un trabajo igual, referido a un mismo órgano, a efectos de la preferencia derivada de tal trabajo, de tal prestación de servicios, no tiene sentido, constitucional y legalmente admisible, que por el hecho de duplicar su trabajo en dos órganos, el Magistrado que se halla en tal situación resulte peor tratado en relación al trabajo prestado en un órgano de carga liviana, que el

Magistrado que presta ese mismo trabajo exclusivamente en el mismo órgano de carga liviana.

Al margen de lo expuesto, debe destacarse el dato, argüido por la recurrente, cuya tesis compartimos, de que, de atenernos al cómputo por mitad del tiempo de servicios prestados en comisión de servicios sin relevación de funciones, nunca podría alcanzarse en esa situación el tiempo de servicios previsto en la Ley determinante de la preferencia. En efecto, si ese tiempo debe cumplirse en los cinco años anteriores y debe ser de tres años, con el cómputo que establece el Reglamento los tres años sólo se podrían alcanzar en los seis años anteriores, y no en los cinco años, como la Ley exige. La consecuencia sería la imposible aplicación al caso de la Ley, en cuyo supuesto sin duda sería incluíble la situación del Magistrado que durante tres años en los cinco anteriores ha prestado servicios en comisión sin relevación de funciones en el orden jurisdiccional respecto al que puede operar la preferencia.

Y no se diga que la comisión de servicios sin relevación de funciones no puede superar más de dos años (ex art. 350.1 LOPJ), por lo que en ningún caso en esa situación se podría alcanzar el tiempo de servicios beneficiario de la preferencia establecida en el art. 329.2 LOPJ, pues en primer lugar aquel límite legal se refiere a una determinada comisión de servicios, y nada impide que a ella pueda añadirse otra distinta para otro órgano del mismo orden jurisdiccional que la primera, con lo que no puede negarse de principio que el supuesto de la ley pueda haberse producido en relación con hipotéticas comisiones de servicio sin relevación de funciones. Pero es que en todo caso, cuando el límite legal de las comisiones no se ha respetado, (y es el que la confiere, y no el Magistrado a quien se le confiere, quien en tal hipótesis, no respeta ese límite) y la comisión de hecho ha durado el tiempo preciso para el cumplimiento del supuesto de la Ley, no cabe que el tiempo de hecho de duración de la comisión no deba producir los efectos que legalmente corresponden a la prestación del servicio.

Se mire como se mire, el Reglamento se refiere a una situación fáctica de prestación de servicios determinante de una preferencia, y no cabe que aquel haga de imposible aplicación dicha preferencia.

Ha de concluirse, por todo lo expuesto, en la ilegalidad del Reglamento afirmada antes, lo que conlleva la necesaria estimación de la impugnación indirecta del art. 186.2.b) en los términos, ampliados respecto del suplico del pedimento primero de la demanda, con arreglo a la extensión producida por el planteamiento de la tesis, que ha quedado antes razonada, sin necesidad de pronunciamiento respecto a la del apartado c) del propio artículo.

La nulidad del Reglamento determina la anulación de su acto aplicativo en el caso, pues éste incurre en la vulneración del art. 329.2 LOPJ, y por ello en el supuesto de anulabilidad del 62.1 Ley 30/1992, y la estimación de los dos siguiente pedimentos del suplico de la demanda” (FD 5º, 6º y 7º).

3.2.1.3.- Asignación de plaza en Juzgado de lo Mercantil.

Derecho a que se le adjudique a una Juez que había superado las pruebas de especialización sin necesidad de que ostentara, con anterioridad a la convocatoria del concurso, la categoría de Magistrado. Interpretación conjunta de los artículos 311.1 329.4 de la LOPJ. STS de 30 de mayo de 2011 (RC 133/2010).

“(...) En este punto, es menester dejar constancia de que, mientras el artículo 311.1 dejaba fuera a los jueces que se especializaran en lo mercantil en tanto sí incluía los que lo hicieran en lo civil y penal, en lo contencioso-administrativo y en lo social, entre los que podían acceder a plazas de magistrado, el artículo 329.4 de la misma Ley Orgánica sentaba expresamente la regla de que los concursos para la provisión de los Juzgados de lo Mercantil se resolverían, primero, "en favor de quienes, acreditando la especialización en los asuntos propios de dichos juzgados obtenida mediante la superación de las pruebas de especialización que reglamentariamente determine el Consejo General del Poder Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón". Sólo en segundo término, para el caso de que no hubiese especialistas, dice el precepto, "se cubrirán con los Magistrados que acrediten haber permanecido más años en el orden jurisdiccional civil". Y, en último término, prescribe, se seguirá "el orden de antigüedad establecido en el apartado 1".

Esto último significa que la Ley Orgánica no exigía, y no exige ahora, haber adquirido con anterioridad la categoría de magistrado para optar a un Juzgado de lo Mercantil si quien lo pretende es un juez que ha superado las pruebas de especialización. En ese particular caso, lo acepta al concurso porque asume que dichas pruebas sirven como promoción y que la toma de posesión da efectividad, al tiempo, a la adjudicación del Juzgado y a la adquisición de la categoría de magistrado. Desde la perspectiva ofrecida por el artículo 329.4 es claro que ha de integrarse el silencio del artículo 311.1 porque no es distinta la posición del especialista en lo mercantil que la de los especialistas en lo contencioso-administrativo y en lo social. La posterior reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009 no ha hecho más que confirmar este entendimiento. O sea, explícita lo que estaba ya implícito en el sistema establecido por el legislador.

La coherencia de la interpretación del artículo 329.4 desde la que rechazamos la infracción del artículo 311.1 nos parece fuera de duda. En efecto, aquél precepto no usa deliberadamente la palabra magistrados en su primera regla sino que habla de "quienes" para que los jueces especializados puedan concursar. Y la utiliza, también conscientemente, en la segunda regla porque, fuera del supuesto de la primera, ya solamente los magistrados podrán concursar. Tiene razón, pues, la Sra. Ballesteros Palazón. Y la tiene igualmente al decir que es distinto el tratamiento dado por la Ley Orgánica del Poder Judicial a la provisión de los Juzgados de Menores. Basta leer el artículo 329.5 para confirmarlo: la exigencia de haber prestado servicio en el orden penal, al menos, en los ocho años inmediatamente anteriores a la convocatoria lo pone de relieve. De ahí que la jurisprudencia que se refiere a ellos no sirva para este caso.

En cuanto al Reglamento de la Carrera Judicial, hay que decir que no altera cuanto se ha dicho porque se remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial y porque, en realidad, sigue la interpretación que se ha expuesto. Así lo confirma el hecho de que asuma la posibilidad de que jueces con la especialización obtengan destino en los Juzgados de lo Mercantil, ya que los artículos 104 bis 1 a bis 14 hablan en todo momento de los miembros de la Carrera Judicial, lo que les incluye a ellos y a los magistrados” (FD 7º).

3.2.2.- Audiencias Provinciales.

3.2.2.1.- Carácter funcional y no orgánico de las Secciones.

Denegación de cambio de asignación de Sección en Audiencia Provincial. Carácter meramente funcional y no orgánico de las Secciones. Inexistencia de derecho subjetivo a permanecer asignado a una Sección concreta dentro de las correspondientes a su orden jurisdiccional. STS de 5 de julio de 2011 (RC 175/2010).

“(...) Asimismo, tampoco es de acoger la solicitud del recurrente de cambio de asignación de la Sección primera a la tercera por cuanto, con carácter previo a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, esta Sala, tras realizar una interpretación sistemática de su artículo 330 en relación con los artículos 160.10 y 198, ya sostuvo en su sentencia de 16 de enero de 2003 (recurso contencioso-administrativo nº 2143/1991) el carácter meramente funcional y no orgánico de las Secciones de las Audiencias Provinciales, sin perjuicio de la peculiaridad de la posición de su Presidente, entendiéndose que el destino de los que concursaban como simples magistrados a una Audiencia Provincial, lo era a la Audiencia Provincial, en general, y no a una concreta Sección. Tal conclusión fue posteriormente confirmada por la reforma operada en el año 2003 del artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo apartado 4 es del siguiente tenor literal: “La adscripción de los Magistrados a las distintas Secciones tendrá carácter funcional cuando no estuvieran separadas por orden jurisdiccional o por especialidad. Si lo estuvieran, la adscripción será funcional exclusivamente dentro de las del mismo orden o especialidad”, con lo que se ha de descartar que el Magistrado recurrente ostente un derecho subjetivo a permanecer asignado a una Sección concreta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dentro, claro está, de las que conforman el orden jurisdiccional civil.

Por otro lado, se ha de significar que el hecho de que el sistema organizatorio que la Ley Orgánica del Poder Judicial realiza de las Audiencias Provinciales no prevea que éstas cuenten con Sala de Gobierno propia, no impide que el artículo 160 y concordantes atribuyan a su Presidente determinadas funciones gubernativas de orden interno para el directo mantenimiento del buen funcionamiento de la Audiencia, entre las cuales se encuentra la de cuidar de la composición de las Secciones conforme a lo dispuesto en el artículo 198, el cual atribuye a su Presidente la facultad de determinar su composición conforme a los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia que le corresponda a propuesta de aquél.

Poniendo en relación todo lo anteriormente dicho con el concreto acuerdo que es objeto de recurso y en el que se confirma en alzada uno anterior del Presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra desestimatorio de la solicitud del recurrente de cambio de asignación de Sección, esta Sala no puede sino declararlo conforme a derecho puesto que, partiendo de que el Magistrado recurrente carecía de un derecho subjetivo a ser reasignado a la Sección tercera de dicha Audiencia, se considera que la motivación expuesta en tal Acuerdo para la denegación del cambio es adecuada y razonable, obedeciendo exclusivamente a la finalidad de asegurar el buen funcionamiento de las Secciones adscritas al orden jurisdiccional civil de la Audiencia Provincial y atendidas, en todo caso, las circunstancias personales que imposibilitan que el Magistrado Romero Costas pueda prestar sus funciones tanto en la Sección

primera como en la Sección sexta, circunstancias cuya concurrencia, por otro lado, no ha sido desvirtuada por el recurrente” (FD 5º).

3.2.3.- Tribunales Superiores de Justicia.

3.2.3.1.-Proporción de las plazas reservadas a Magistrados especialistas.

Determinación del número de plazas reservadas a Magistrados especialistas en la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia. La estructura orgánica a tener en cuenta es la composición total de la Sala y no la de cada Sección. La proporción aplicable para la reserva de plazas a especialistas es de 2/5. STS de 23 de junio de 2010 (RC 652/2009).

“(…) Esta Sala considera que, en cuanto a la estructura orgánica a tener en cuenta, debe estarse a la composición total de la Sala de lo Contencioso Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia y no a las Secciones.

Y lo hace no sin reconocer las dificultades para encontrar una solución a esta primera cuestión (por no existir en la LOPJ una clara definición de lo que ha de entenderse por Sección a tales efectos), pero ponderando principalmente estas razones: que el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) no parece tolerar que el número de la reserva de especialistas pueda variar porque lo hagan las Secciones y aunque se mantenga inalterable la misma composición total de la Sala; y que lo contrario sería tanto como dejar en manos de las Salas de Gobierno la fijación de la reserva de especialistas, lo que claramente excede de las funciones de mero gobierno interno que tienen atribuidas.

Sin embargo, en lo que se refiere a la proporción, ha de darse razón a la de los dos quintos preconizada por los recurrentes por todo lo siguiente:

1.- La proporción del tercio proviene de la Ley Jurisdiccional de 1956, que es la que introduce la figura del Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo, y en este texto legal esa proporción se establecía tanto para las Salas del Tribunal Supremo como para las Salas territoriales; es decir, la proporción de especialistas era la misma en todos los órganos colegiados del orden contencioso-administrativo.

2.- La Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 344 y 345, alteró la proporción anteriormente existente en el Tribunal Supremo, pues, de cada cinco plazas, cuatro las reserva a la Carrera Judicial y, sobre estas últimas, dispone que dos corresponderán a especialistas y dos al turno general; esto es, establece una nueva proporción de dos quintos para la reserva de especialistas en el Tribunal Supremo.

3.- Una interpretación sistemática del artículo 330.2 de la LOPJ, con esos otros del mismo texto legal que acaban de mencionarse, parece conducir a que la regla general es la proporción de los dos quintos y a que la inicial referencia a una plaza es tan sólo el mínimo de especialización que quiere asegurarse cuando la composición no alcance el módulo de cinco que es considerado para aplicar esa proporcionalidad normal o común de los dos quintos que es asumida.

Por otra parte, la literalidad de ese artículo 330.2 que antes se transcribió no contempla esa distinción que hace el Consejo entre Salas con composición múltiplo de tres frente a las que no tienen esta característica; y la adición al texto original de dicho precepto, en una posterior reforma de la LOPJ, del párrafo que antes se destacó en

negrita, lo que hace es confirmar la voluntad del legislador de dar el valor de regla común o general a la proporción de los dos quintos.

4.- Contribuye también a lo anterior el designio de especialización proclamado por la Exposición de Motivos de la LOPJ y presente en multitud de sus preceptos” (FD 3º).

3.2.3.2.- Presidencia de Secciones.

Solicitud de convocatoria de concurso para presidencia de Sección de Sala Tercera de un TSJ. Desestimación. Presidencia de carácter funcional y no orgánico. Interpretación del artículo 333.1 de la LOPJ y 16.2 de la Ley 29/1998. La presidencia le corresponde al presidente de la Sala o, en su ausencia, al Magistrado más antiguo de los que componen la Sección. STS de 20 de julio de 2009 (RC 87/2007).

“(…) Ahora bien, si el recurso no es inadmisibile, procede desestimarlo aunque por razones distintas a las expresadas por el acuerdo impugnado.

Y es que hay un extremo fundamental que no tiene en cuenta el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ni en el acuerdo de 1 de junio, ni en el de 15 de diciembre de 2005, objeto de este proceso. Se trata de que la presidencia que ha dado lugar a esta controversia no es una plaza orgánica. Como ha puesto de relieve la Sra. Navarro de Zuloaga, se trata una presidencia funcional, sin reflejo en la Ley de Demarcación y Planta, cosa que subrayó con acierto el informe del Jefe del Servicio de Personal del Consejo General del Poder Judicial al que se ha hecho mención, Informe que indicaba, igualmente, que por esa razón no cabía proceder a su provisión.

Este punto es determinante porque sobre la distinción entre presidencias de Sección orgánicas y funcionales descansan los artículos 333.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 16.2 de la Ley de la Jurisdicción. El primero, cuando exige el concurso conforme a su artículo 330 para proveerlas, está contemplando exclusivamente las presidencias orgánicas, las previstas en la Ley de Demarcación y Planta, que solamente existen en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (anexo III). El segundo se refiere a las funcionales: obsérvese que no habla de plazas de presidente de sección, sino de que cuando en una Sala haya más de cinco magistrados, éstos podrán organizarse en Secciones, presidiéndolas el presidente de la Sala o, en su ausencia, el magistrado más antiguo. Secciones cuya composición, dice el artículo 198 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinará el presidente de la Sala conforme a los criterios aprobados por las Salas de Gobierno.

Los términos de los artículos 333.1 y 16.2 llevan a la interpretación que acabamos de expresar y la ratifican argumentos lógicos y sistemáticos, entre ellos los que ponen de relieve la consecuencia que se seguiría de la solución expresada por el Pleno del Consejo, consecuencia ya apuntada en la demanda: de ofrecerse en concurso las presidencias funcionales como si fueran orgánicas si, en aplicación de los criterios legales, la obtuviere un magistrado ajeno a la Sala a la que corresponda la Sección, se produciría un aumento de sus miembros por un camino que no está previsto para ello.

Así, pues, el distinto ámbito normativo en el que se mueven esos preceptos hace que no haya derogación del artículo 16.2 de la Ley de la Jurisdicción y que, por tanto, haya que estar a lo que en él se dispone. En consecuencia, en los supuestos en los

que la Sala de lo Contencioso Administrativo esté formada por más de cinco magistrados, como es el caso de la de Barcelona, podrán dividirse en Secciones, presidiéndolas quien presida la Sala y, cuando no asista a las deliberaciones, el magistrado más antiguo de los que componen la Sección. A su vez, la composición de esas Secciones será establecida por el presidente de la Sala conforme a los criterios sentados al efecto por la Sala de Gobierno, conforme al artículo 198 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Cuanto hemos expuesto, conduce, según se ha anticipado, a la desestimación del recurso pues no procede en casos como éste la convocatoria de ningún concurso. No obstante, con esta sentencia, también debe entenderse rectificado el criterio seguido por el Consejo General del Poder Judicial en la interpretación de los artículos 333.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 16.2 de la Ley de la Jurisdicción en el aspecto controvertido en este proceso” (FD 5º).

3.3.- NOMBRAMIENTOS DISCRECIONALES.

3.3.1.- Motivación.

3.3.1.1.- En general.

Motivación exigible al CGPJ en los nombramientos discrecionales. Libertad de apreciación con límites. Necesaria observancia del principio de mérito y capacidad. STS de 1 de junio de 2012 (RC 146/2011).

“(…) Así, el análisis de reiterada jurisprudencia contenida, entre otras, en las SSTS de 29 de mayo de 2006, 27 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007, 21 de enero de 2008, 29 de enero de 2008, 12 de junio de 2008, 23 de noviembre de 2009, 5 de febrero de 2010, 11 de febrero de 2010, 3 de febrero de 2011, 4 de febrero de 2011, 7 de febrero de 2011 y 11 de marzo de 2012 de esta Sala permite efectuar la siguiente sistemática:

- Análisis de las facultades del Consejo General del Poder Judicial (en el F.J. 10, STS, 3ª, Pleno de 27 de noviembre de 2007, rec. 407/2006)

- Doctrina general de aplicación (en los FF.JJ. 7, 8, 9 y 10 STS, 3ª, Pleno de 7 de febrero de 2011, rec. 343/2009).

- Límites del control de la discrecionalidad (F.J. 7, STS 3ª, 7ª de 11 de marzo de 2012, rec. 149/2011).

- Motivación de los Acuerdos de nombramiento (F.J. 6 y 11 STS, 3ª Pleno 27 de noviembre de 2007, rec. 407/2006, F.J. 12 y 13 STS, 3ª, Pleno de 7 de febrero de 2011, rec. 343/09 y F.J. 6, STS 3ª, 7ª, de 11 de marzo de 2012, rec. 149/2011)

- Igualdad y discrecionalidad técnica (F.J. 14 STS, 3ª, Pleno de 7 de febrero de 2011, rec. 343/09).

- Desviación de poder (F.J. 15, STS, 3ª, Pleno de 7 de febrero de 2011, rec. 343/09).

- Impugnación de nombramientos de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia (F.J. 8 STS, 3ª, 7ª, de 11 de marzo de 2012, rec. 149/2011).

SÉPTIMO.- Una síntesis extractada de los más relevantes criterios jurisprudenciales, a la vista de la enunciada jurisprudencia aplicativa, permite concretar los siguientes puntos:

- El núcleo principal de la jurisprudencia de esta Sala sobre la motivación exigible al Consejo en los nombramientos que por no estar absolutamente reglados conllevan un espacio de apreciación y valoración de las condiciones y circunstancias de los aspirantes se encuentra, entre otras, en las sentencias del Pleno de 27 de noviembre de 2007 (Recurso 407/2006) y 7 de febrero de 2011 (Recurso 343/2009), y de ellas aquí conviene recordar que sus ideas básicas son:

1) La libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un claro espacio de actuación reconocido.

2) La existencia de unos límites, también constitucionales, que necesariamente condicionan esa libertad y están constituidos por los principios de igualdad, mérito y capacidad y el mandato de interdicción de la arbitrariedad (artículos 23.2, 103.3 y 9.3 CE).

3) La significación que ha de reconocerse al requisito de motivación.

- Las consecuencias que se derivan de esos límites, a cuyo respeto viene constitucionalmente obligado el Consejo General del Poder Judicial, se traducen en estas dos exigencias, respectivamente de carácter sustantivo y formal, que a continuación se señalan.

La exigencia sustantiva consiste en la obligación que tiene el Consejo General del Poder Judicial, a la vista de las singulares plazas convocadas y los concretos aspirantes que participen en la convocatoria, de identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento; y tiene la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables.

La exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo General del Poder Judicial:

1) La de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuáles podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes.

2) La de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad.

3) La de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento.

- La motivación es, en definitiva, la exteriorización del cumplimiento de esos límites; y habrá de considerarse cumplida cuando la actuación del Consejo General del Poder Judicial haga bien visibles las razones por las que ha sido preferida la persona

finalmente nombrada, esas razones sean reconducibles a los principios de mérito y capacidad y, también, revelen que para decidir el nombramiento se ha otorgado un papel capital al ejercicio jurisdiccional con el nivel de profesionalidad que demande la vertiente jurisdiccional del cargo a que se refiera el nombramiento discrecional.

Pero esos límites y las exigencias derivadas de los mismos en modo alguno privan de libertad al Consejo General del Poder Judicial, que la conserva con una gran amplitud, pues lo que hacen es, en primer lugar, acotar lo que es para él una obligación inexcusable y, por ello, el punto a partir del cual deberá desarrollar la libertad que es inherente a la discrecionalidad de su función constitucional de gobierno judicial; y, en segundo lugar, expresar también los confines en que se inician los ámbitos donde dicha libertad puede ser ejercitada.

La obligación inexcusable para el Consejo General del Poder Judicial es acreditar y justificar que la persona nombrada ha demostrado en sus actuaciones jurisdiccionales -o en otras materialmente asimilables- ese nivel de profesionalidad que resulte necesario en el cargo a que esté referido el nombramiento discrecional.

- La libertad del Consejo General del Poder Judicial comienza una vez que se haya rebasado ese umbral de profesionalidad exigible y tiene múltiples manifestaciones, porque, una vez justificada que existe esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos, el Consejo General del Poder Judicial, en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de la profesionalidad, quien es el que finalmente debe ser nombrado.

Tales elementos son muy variados y definen un amplísimo ámbito para que esa libertad pueda efectuarse, pudiendo citarse: Las medidas de acción positiva para favorecer el acceso de la mujer en escalones judiciales donde su presencia es minoritaria, la ponderación de sensibilidades jurídicas diferentes para asegurar el pluralismo en el Tribunal de que se trate y el significativo conocimiento de la lengua y el Derecho propios en la Comunidades Autónomas que los posean, entre otros y otra libertad que también le debe ser respetada al Consejo General del Poder Judicial es el margen de apreciación inherente al juicio de discrecionalidad técnica que significa la definitiva selección y estimación cualitativa de los méritos de los aspirantes que deban encarnar esas clases de méritos que previamente hayan sido elegidos y definidos como prioritarios. Un margen de control que rige los cánones propios de esa discrecionalidad técnica consistentes, como es sabido, en que esos juicios de valor no pueden ser invalidados desde la simple discrepancia y sólo procede dejarlos sin efecto cuando se haya debidamente justificado su claro error o su abierta arbitrariedad.

- Además, la sentencia de 7 de febrero de 2011 (Recurso 343/2009) ha completado la inicial doctrina jurisprudencial, y lo ha hecho señalando que en esta clase de litigios hay unos primeros límites procesales, impuestos por lo establecido en los artículos 33 y 56 de la Ley Jurisdiccional, que son las pretensiones de las concretas partes litigantes que se enfrentan en el proceso y los alegatos fácticos por ellos efectuados para sostenerlas, lo que lleva consigo una importante consecuencia, consistente en el contraste de méritos y trayectorias que aquí ha de analizarse, para decidir si estuvo o no debidamente motivada y si fue o no justificada la preferencia manifestada por el Consejo General del Poder Judicial en el nombramiento que es

objeto de controversia, que debe quedar circunscrito exclusivamente a quienes únicamente son parte en el proceso.

- Finalmente, cuando constan por el examen de las actuaciones, las fuentes de conocimiento que el Consejo utilizó para adoptar su decisión, esto es, los datos objetivos sobre los que construyó su juicio de valor o calificación profesional, recae sobre la parte que pretenda combatirlo la carga de indicar cuál o cuáles de aquellas fuentes o datos son las que exteriorizan esos errores o excesos que únicamente permiten considerar que la discrecionalidad técnica rebasó el círculo de las alternativas o discrepancias razonablemente aceptables, pues ese test o escrutinio deberá ser especialmente riguroso cuando los datos referidos a la trayectoria jurisdiccional de los candidatos que deban ser confrontados presenten unas diferencias muy acusadas en sus aspectos externos, y esto porque en tales casos la falta de una motivación convincente que explique por qué se despreja esa importante diferencia hará aparecer un serio indicio de posible arbitrariedad, ya que, en caso contrario, habrá de respetarse la legitimidad y discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial, habrá de tomarse en consideración la dificultad de tener que optar entre personas con perfiles profesionales muy similares y habrá de evitarse también, en lo posible, que la exclusión de las personas no nombradas pueda ser interpretada como una descalificación profesional.

Tal es, en síntesis, la doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala desde la inicial sentencia de 29 de mayo de 2006 hasta la más reciente sentencia de 11 de marzo de 2012, que resuelve la impugnación formulada por esta misma Asociación contra el nombramiento del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña” (FD 6º y 7º).

En relación con la motivación de los nombramientos para Magistrados del Tribunal Supremo, STS, Pleno, de 3, 4 y 7 de febrero de 2011 (RC 137/2010, 588/2009, 337/2009 y 343/2009, respectivamente); y de 23 de noviembre de 2009 (RC 372/2008).

3.3.1.2.- Diferenciación entre nombramientos para cargos directivos y los que implican acceso al Tribunal Supremo.

STS de 5 de febrero de 2010 (RC 72/2005).

“(…) Es preciso sin embargo destacar que desde su introducción básica en la sentencia de 29 de mayo de 2006, la nueva jurisprudencia superadora de la vieja doctrina que asignaba al Consejo la potestad de hacer los nombramientos sin exigencia de motivación expresa, por entender que se estaría ante supuestos de libre designación fundado en la confianza del órgano constitucional en el designado, ha trazado una clara diferenciación entre los nombramientos para cargos directivos dentro del sistema judicial y los que implican el acceso al Tribunal Supremo.

Por eso en la sentencia de 29 de mayo de 2006, después de indicar que el artículo 122-1 de la Constitución recoge las notas rectoras de un sistema de Carrera Judicial, entendido como un "cursus honorum" en el que se desarrolla una progresión o promoción profesional vinculada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, señalábamos que dentro de este "llamado cursus honorum se alzan unos hitos más estrictamente ligados a su sustancialidad, cuales son, primero, los de

pertenencia y ascenso a cada una de sus categorías, siendo por eso de especialísima relevancia el alcanzar la de Magistrado del Tribunal Supremo, cuyos méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo habrán de ser en términos casi absolutos los de solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional; y, segundo, aquellos nombramientos o destinos que, sin suponer cambios en la categoría, impliquen también el ejercicio de actividades de dirección en las que están comprometidas otras aptitudes que la compleja composición del Consejo tiene - insistimos- un amplio margen de libertad para apreciar y valorar, en aplicación de su propia experiencia acerca de las ventajas o inconvenientes sobre la realidad institucional del sistema, aunque todo ello con referencia a criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad".

En efecto, como añadíamos en la propia sentencia, "la labor de Presidente de una Sala como la de lo Penal de la Audiencia Nacional conlleva no solo la intensa labor técnico-jurídica propia del ejercicio de la función jurisdiccional en ese puesto, sino también la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, para lo que se requieren aptitudes personales que trascienden de los puros conocimientos técnicos y cuya valoración no puede reflejarse en un baremo, por más que se trate en todo caso de aptitudes siempre referidas a idoneidad para el mejor desempeño del puesto y no a aspectos extraños y ajenos al mismo, como pudieran ser la empatía personal o la afinidad política." y "Esa confianza no puede entenderse basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica, sino en razones exclusivas de aptitud profesional para el desempeño del puesto concernido, que podrán tener en cuenta, por supuesto, no sólo la formación y experiencia técnico-jurídica, sino también la aptitud personal para la labor de dirección y gestión inherente a la Presidencia de un órgano jurisdiccional colegiado, pero que en todo caso deberán ser explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad." (FD 4º).

3.3.1.3.- Contenido del informe de la Comisión de Calificación.

No es necesario que relacione y valore los méritos de todos los aspirantes a la plaza. Solamente debe explicar los motivos por los que se entiende que concurre mayor mérito en los candidatos propuestos. STS de 23 de noviembre de 2011 (RC 372/2008).

"(...) No obstante, antes hemos de decir que en ese informe no es necesario relacionar y valorar los méritos de todos los aspirantes que han solicitado la plaza. A ello hemos de añadir que tampoco se ha producido la ocultación de la identidad del recurrente de la que se queja la demanda.

Esto último porque, aunque no se le mencione en dicho informe al Sr. Alonso Saura, al Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 74 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, se le elevó la lista de los solicitantes de la plaza. Lista que obra en el expediente de manera que no hubo ocultación ninguna. Por lo demás, no debe olvidarse que cualquiera de los miembros del Consejo podía hacer uso de la facultad que el párrafo segundo de ese precepto, en la redacción entonces vigente, les atribuía de presentar cualquier candidato distinto de los incluidos en la terna, bien de los que hubieran pedido la plaza, bien de los que no lo hubieran hecho, siempre que reunieran los requisitos necesarios y hubieran dado su consentimiento.

Sobre si el informe debe referirse a todos los solicitantes o únicamente a los incluidos en la propuesta de la Comisión de Calificación, hemos de subrayar que la sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2007 --al igual que la de 29 de mayo de 2006 y los autos que se dictaron en su ejecución y la 27 de noviembre de 2006 (recurso 117/2005)-- en ningún momento dice que deba hacerse mención en él de todos los peticionarios. Esa cuestión ha sido objeto de discusión pero la Sala no ha estimado necesario que así se haga. Precisamente, por eso, uno de los votos particulares presentados al auto del Pleno de 27 de noviembre de 2006, dictado en ejecución de la sentencia de 29 de mayo anterior (recurso 309/2004), hizo patente la discrepancia de quienes lo suscriben con esa solución. En realidad, lo que, según la jurisprudencia emanada de esas resoluciones debe reflejar el informe, cuando se trate de proveer plazas jurisdiccionales entre magistrados, es lo siguiente: el criterio o criterios de mérito o capacidad profesional en virtud del cual o de los cuáles se va a establecer la preferencia para adjudicar la concreta plaza convocada; las fuentes de información utilizadas para comprobar en qué medida concurren en cada uno de los aspirantes esos méritos o capacidades profesionales, fuentes entre las que debe ocupar un lugar preferente un número significativo de resoluciones jurisdiccionales elaboradas por los peticionarios; y por qué singulares razones extraídas de su labor jurisdiccional y de sus actividades extrajurisdiccionales, se ha apreciado que los candidatos incluidos en la propuesta reúnen en mayor medida que los demás esos requisitos de mérito y capacidad profesional elegidos por el propio Consejo General del Poder Judicial para adjudicar la plaza. Tal justificación no requiere, pues, relacionar los méritos de todos los peticionarios sino solamente explicar los motivos por los que la Comisión de Calificación entiende que dicho mayor mérito concurre en los candidatos propuestos” (FD 8°).

Como complemento de lo anterior, STS de 5 de febrero de 2010 (RC 72/2005)

“(...) Ahora bien, en cuanto a la funcionalidad de este informe, hemos también reseñado que la "Comisión de Calificación no limita su actuación a elaborar una simple relación de candidatos seleccionados de entre todos los presentados, sino que, más aún, ha de añadir a su propuesta un informe razonado sobre las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos en su inicial relación o posteriormente añadidos. Lógicamente, ese informe debe hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios”

[...]

Ha de considerarse además que -como notábamos en sentencia de 27 de noviembre de 2007- las apreciaciones de mérito y capacidad expresadas por la Comisión tienen la finalidad de determinar las que ésta entiende que han sido las preferentes para elaborar la relación de candidatos que ha sido elevada al Pleno, puesto que en ella se afirma que "por lo que en particular se refiere a los candidatos finalmente incluidos en esa relación, señalará las concretas actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que han sido tenidas en cuenta para apreciar en ellos la concurrencia en mayor medida de aquellos criterios de preferencia; y mediante su contraste con las actividades de parecida índole concurrentes en los otros aspirantes,

el informe expresará también cuáles son las razones por las que se otorga prioridad o superior valor a las de los incluidos en la relación."

También decíamos en la sentencia últimamente citada que la traducción práctica del control jurisdiccional sobre la observancia del deber de motivación "nunca podrá ser que este Tribunal Supremo indique al Consejo los méritos que podrán o no ser valorados (conviene insistir en ello), sino tan sólo imponerle la carga, cumpliendo con la doble exigencia sustantiva y formal que antes se señaló, de dejar claramente explicadas y objetivadas las concretas circunstancias de mérito y capacidad con las que justifica su decisión de nombrar a una determinada persona con preferencia sobre los demás aspirantes a la misma plaza." (FD 4º).

3.3.1.4.- Alcance del control de la motivación.

El control sobre la motivación de los nombramientos ha de ser funcional. No procede exigir con rigidez el cumplimiento de los requisitos formales si se pueden detectar las razones que movieron la decisión del CGPJ. STS, Pleno, de 4 de febrero de 2011 (RC 588/2009).

"(...) Pudiendo añadir ahora a estas notas, como lógica consecuencia de cuanto hemos expuesto acerca de la extensión del control de las potestades discrecionales, que no podemos renunciar a que nuestro pronunciamiento a la hora de resolver el litigio sea verdaderamente funcional, esto es, operativo y eficaz, de manera que si apreciamos que las razones dadas en la resolución impugnada para justificar la asignación de la vacante resultan vanas, supérfluas o incluso arbitrarias, debemos procurar dar la máxima respuesta posible para que la controversia quede zanjada, sin conformarnos (insistimos, en la medida de lo posible y procedente, en función de las características del litigio y la propia conducta procesal de las partes), con un mero pronunciamiento formal, que revierta en una simple reposición de actuaciones que dé lugar a la misma decisión aunque con otro ropaje y que al fin y a la postre desemboque en una repetición del mismo litigio entre los mismos contendientes y con arribada a la misma resolución de fondo.

Es por esto que la exigencia de motivación en los términos que hemos descrito, si se somete a una caracterización excesivamente rígida y autónoma con respecto a la valoración de la argumentación de fondo que subyazga en el nombramiento, puede llegar incluso a secar, a hacer estéril la propia jurisprudencia en que se funda si el Tribunal, con los datos constantes en el procedimiento administrativo y posteriormente en el litigio, no agota, apoyado en la congruencia procesal, todas las posibilidades para que se produzca un pronunciamiento definitivo que, sin menoscabar las potestades inalienables del Consejo ni dejar de cubrir todas las obligadas deferencias y oportunidades con las que la dialéctica de las partes tiene derecho a expresarse sobre las cuestiones debatidas, resuelva definitivamente la contienda, sin acudir salvo cuanto, obviamente, solamente esta solución sea viable- a una mera retroacción de actuaciones que en pago a la inestabilidad y dilatación en el tiempo del nombramiento, solo tenga como consecuencia final el retorno previsible e inatacable al mismo contenido decisorio por parte del Consejo.

Se trata, en definitiva, de que el claro paso dado a favor de la exigencia de un rigor pleno en el procedimiento a seguir para el nombramiento de los cargos judiciales discrecionales por el Consejo, que con anterioridad a la jurisprudencia que

comentamos era absolutamente ignorado, alcance su plenitud funcional, en el sentido de que cumplidas unas formas que, si no óptimas, si permitan detectar con suficiencia los datos y razones que movieron la decisión del Consejo, nos pronunciemos concluyentemente sobre la legalidad o ilegalidad de fondo de la misma, sin requerir nuevos cumplimientos formales que en el caso entendamos que no alcanzarían el nivel de eficacia suficiente como para que el Consejo llegase a replantearse el sentido del acto impugnado, por no venir obligado a ello por razones jurídicas de fondo” (FD 4°).

3.3.2.- Procedimiento.

Procedimiento a seguir por el CGPJ para hacer la propuesta de nombramientos discrecionales. El informe de la Comisión de Calificación es preceptivo pero no vinculante. Posibilidad del CGPJ de separarse del mismo, previa motivación. STS, Pleno, de 23 de noviembre de 2011 (RC 372/2008).

“(…) Es preciso completar los razonamientos precedentes con algunas consideraciones adicionales sobre el modo en que el Consejo General del Poder Judicial, dada su condición de órgano colegiado, ejerce su función constitucional de proponer a quienes deban recibir estos nombramientos discrecionales.

En el diseño de la Ley Orgánica del Poder Judicial esa decisión se inserta en un procedimiento en el que, según se ha recordado, ocupa un lugar central el informe de la Comisión de Calificación y la propuesta que ésta ha de elevar al Pleno del Consejo. Diseño que, luego, desarrolla el Reglamento de Organización y Funcionamiento. Pero es el Pleno el órgano competente para decidir. La intervención de la Comisión de Calificación es un paso previo, preceptivo pero no vinculante. Por eso, el Pleno puede aceptar su informe y si, según el mismo, todos los candidatos que le ha propuesto presentan un grado equivalente de excelencia elegir sin necesidad de ulterior explicación al que de ellos prefiera. Caso de que la propuesta establezca fundadamente una preferencia puede aceptarla sin más y escoger al que ha destacado ya la Comisión de Calificación pero, también, está en su mano optar por alguno de los que le seguían, aunque habrá de motivar por qué se separa de ella en este punto. En fin, el Pleno puede no compartir, sea los presupuestos sobre los que se elaboró el informe y, por tanto, su sentido, sea la propuesta que le acompañaba, o ni los unos ni la otra. De nuevo, debemos recordar que el Presidente y los Vocales tienen la facultad de someterle la candidatura de solicitantes que la Comisión no le propuso o, incluso, de magistrados que no pidieron la plaza pero que cumplen los requisitos exigidos y han prestado su consentimiento al efecto.

En tales supuestos, la validez desde el punto de vista de la motivación de los acuerdos que llegue a dictar el Consejo General del Poder Judicial dependerá de que del acta de la deliberación plenaria puedan extraerse las razones concretas que han llevado a la mayoría a apartarse en todo o en parte de los planteamientos de la Comisión de Calificación y a optar por un candidato o candidata determinado. Es decir, será preciso que, cualesquiera que fueren las razones que en el fuero interno muevan a los miembros del Pleno a votar en un determinado sentido, de ese acta se desprenda con claridad suficiente --"razonable y suficientemente" dice la sentencia de 29 de mayo de 2006-- el hilo argumental que lleva a la decisión tomada.

Obviamente, ese discurso habrá de ser coherente con los presupuestos sobre los que debe descansar: los constituidos por los méritos que los aspirantes hayan

acreditado, en especial los relacionados con su trabajo jurisdiccional cuando se trate de plazas de esa naturaleza, y la idea o criterio de preferencia con arreglo al cual se toma la decisión” (FD 13).

STS, Pleno, de 7 de febrero de 2011 (RC 343/2009).

“(…) La quinta es destacar, por un lado, que el Informe de la Comisión de Calificación no es el único elemento de conocimiento que puede utilizar el Pleno, pues sirven a la misma finalidad todos los demás informes que obran en el expediente y, entre ellos, efectivamente los Informes de la Sala de Gobierno y las actuaciones del Servicio de Inspección; y subrayar, por otro, que lo importante es que todos esos elementos obren en el expediente, pero sin que la Comisión de Calificación ni el Pleno vengan obligados a realizar una relación detallada de todos ellos sino tan sólo de los que hayan considerado relevantes para sus decisiones” (FD ° 13).

3.2.3.- Otras cuestiones.

3.3.3.1.- Pertenencia a Asociación.

No invalida los méritos y capacidad profesional acreditada. STS, Pleno, de 7 de febrero de 2011 (RC 337/2009).

“(…) Importa, no obstante, añadir --al igual que hemos hecho al resolver el recurso 137/2010 en la sentencia de 3 de febrero de 2011-- que la pertenencia a una asociación profesional no invalida ni disminuye los méritos y la capacidad profesional acreditada por los jueces y magistrados en su quehacer jurisdiccional y que tienen tanto derecho como los no asociados a ser promovidos en razón de esos méritos y capacidad a magistrados del Tribunal Supremo y a ser nombrados para los demás cargos que no se cubren por concurso reglado. Ese derecho, claro está, lo tienen también y en no inferior medida los que no forman parte de ninguna asociación --que suman prácticamente la mitad de la Carrera Judicial-- y ha de presumirse que entre ellos hay tantos o, por lo menos un número no inferior al que se encuentra entre los asociados que poseen el nivel de experiencia profesional que se ha visto en este caso y, por tanto, tienen iguales cuando no mejores condiciones para merecer uno de estos nombramientos como los que forman parte de una asociación, especialmente de la Asociación Profesional de la Magistratura y de Jueces para la Democracia, que son las dos en las que se vienen concentrando” (FD 6°).

3.3.4.- Magistrados del Tribunal Supremo.

3.3.4.1.- Turno general o turno de especialistas.

Cobertura una plaza de magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre miembros de la Carrera Judicial, con categoría de magistrado. Es conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial dicho acuerdo porque su artículo 344 no impone que se efectúen alternativamente las convocatorias para el turno general y para el turno de especialistas o asimilados, sino que se hagan de manera que se mantenga la proporción de magistrados pertenecientes a uno y otro fijada en ese precepto. STS de 22 de febrero de 2010 (RC 580/2007).

“(…) El recurso debe ser desestimado porque las cuestiones que plantea ya han sido resueltas por esta Sala en las sentencias de su Pleno a las que ha hecho referencia el Sr.

Velasco Núñez en su escrito de conclusiones: la de 5 de marzo de 2008 (recurso 336/2006) y la de 3 de mayo de 2005 (recurso 260/2004), dictadas ambas en recursos interpuestos por el mismo recurrente.

[...]

Por su parte, la sentencia de 5 de marzo de 2008 rechaza las dos premisas sobre las que el Sr. Velasco Núñez construye su recurso, en ese caso contra el acuerdo de la Comisión Permanente que anunció la provisión de una plaza de la Sala Segunda por el turno general. Son las siguientes: la primera sostiene que quienes accedieron al Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque lo hicieran por el turno de su artículo 344 a), no ocupan plazas reservadas a quienes superaron como hizo él las pruebas de selección de las que se viene hablando; y la segunda mantiene que todos los que las superaron tienen derecho a acceder al Tribunal Supremo. Los argumentos con los que la sentencia descarta estos planteamientos son los que, en resumen, exponemos seguidamente.

Del apartado tercero de la disposición transitoria duodécima y de la disposición transitoria décimoquinta extrae la consecuencia de que las plazas de quienes accedieron desde la Carrera Judicial al Tribunal Supremo a partir de la vigencia de la Ley Orgánica sin haber superado las pruebas de selección a que se refiere su artículo 344 a) sí están reservadas a este turno de especialización. Por eso, dice: "producida la vacante de estas plazas, y superado el período transitorio, por el logro de las reservadas a uno y otro turno entre los Magistrados de la carrera judicial, o por existir ya Magistrados procedentes de las pruebas selectivas (...), éstas han de ofrecerse a quienes como el recurrente ostentan esta condición". Ahora bien, esa disposición transitoria duodécima autoriza

"un sistema provisional que permita cubrir las vacantes correspondientes a especialistas por Magistrados especializados con más de diez años en el orden penal, hasta que la relación entre (...) especialistas o especializados y generalistas sea la misma, tal como establecen los artículos 343 y 344 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y a partir de ahí la Disposición Transitoria Duodécima (...) ha cumplido su finalidad y deja de aplicarse, rigiéndose las convocatorias directamente por los requisitos del artículo 344".

A continuación, rechaza esta sentencia que quienes se encuentren en la situación del Sr. Velasco Núñez tengan un derecho subjetivo a la promoción al Tribunal Supremo y recuerda que la condición de especialista en lo contencioso-administrativo, a la que se vincula el derecho a la promoción a la Sala Tercera, no merma --según la disposición transitoria décimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial-- el ejercicio por el Consejo General del Poder Judicial de su libertad de criterio en la elección de quienes deban acceder al Tribunal Supremo.

Recuerda, después, las razones que llevaron al acuerdo de la Comisión Permanente de 9 de marzo de 1998 y de qué manera procedió, en ejecución de la disposición transitoria duodécima, a adscribir las plazas de la Sala Segunda a uno u otro de los dos turnos que el artículo 344 reserva para su provisión por miembros de la Carrera Judicial. Adscripción que se hizo en función de la condición que se atribuyó a cada uno de los magistrados que entonces la formaban. De este modo se resolvió razonablemente, dice la sentencia, el sistema transitorio de acceso pues se logró el

equilibrio exigido por el legislador y se hizo previsible la naturaleza de la oferta que se hiciera en adelante para cubrir vacantes ya que cada una seguiría el turno correspondiente.

Dado que la plaza a la que se refería el acuerdo impugnado en aquél caso fue considerada del turno general por dicho acuerdo de 9 de marzo de 1998, concluye el Pleno de la Sala Tercera que el recurrido era conforme a Derecho.

CUARTO.- *Desde el momento en que esto mismo es lo que sucede en este caso, es evidente que el presente recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado por las mismas razones que lo fue el precedente sin que sea preciso desarrollar en mayor medida en que lo hemos hecho ya los argumentos utilizados por la sentencia de 5 de marzo de 2008, pues el Sr. Velasco Núñez los conoce sobradamente. Sí conviene efectuar algunas consideraciones al hilo de las manifestaciones que hace en su demanda y, especialmente, en su escrito de conclusiones.*

En primer lugar, no se nos oculta que el recurrente se expresa desde la íntima convicción de que le asiste la razón en sus planteamientos y de que la única interpretación que cabe de los preceptos aquí aplicables de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la que él defiende. Se trata de una posición respetable, movida por su legítima aspiración de acceder al Tribunal Supremo pero, a juicio de la Sala, equivocada. Equivocada en los fundamentos y en los términos concretos en que se manifiesta.

En efecto, ni del artículo 344 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende que deba procederse a la provisión de las vacantes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de forma alternativa entre los dos turnos previstos para magistrados, ni está legalmente previsto un derecho de los especialistas o asimilados, por el hecho de serlo y de contar con la antigüedad exigida, a acceder al Tribunal Supremo, ni el Consejo General del Poder Judicial, al anunciar las plazas que --por ir quedando vacantes-- se ofrecen para su provisión está actuando en ejercicio de potestades discrecionales al margen de lo prescrito legalmente. En fin, el Gobierno no designa a los magistrados del Tribunal Supremo y tampoco los nombra: es el Rey el que efectúa su nombramiento a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (artículo 316.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

A lo que obliga el artículo 344 de este texto legal es a que las vacantes se provean de manera que la composición de las Salas se ajuste a la proporción que exige entre magistrados especialistas o asimilados y magistrados que no tienen esta condición. Por tanto, no impone que se proceda a convocarlas alternativamente de manera que la posterior se produzca por un turno distinto del anterior, sino que se haga de forma que se mantenga dicha proporción. Es decir que, de cada cuatro plazas del Tribunal Supremo reservadas a magistrados, dos las desempeñen especialistas o asimilados y las otras dos magistrados que no lo sean. De ahí que el Consejo carezca de discrecionalidad para optar por uno u otro turno: tendrá que llamar al que corresponda según la plaza que haya quedado vacante.

El legislador, de quien el recurrente quiere ser único intérprete, fue consciente de que a la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial no había magistrados que hubieran superado las pruebas de selección mencionadas en su artículo 344 a) y de que sería preciso esperar un tiempo hasta que quienes lo hubieran

logrado alcanzaran la antigüedad de quince años en la Carrera Judicial, además de los cinco en la categoría que requiere ese precepto. Por eso, la disposición transitoria duodécima sentó las bases para que, pese a esa circunstancia, se organizaran las Salas conforme a las proporciones indicadas. Y, en su cumplimiento, el Consejo General del Poder Judicial --por acuerdo de su Comisión Permanente de 9 de marzo de 1998-- no dictó una norma reglamentaria ni cuasi reglamentaria, fruto de una ocurrencia casual, sino que procedió a encuadrar las plazas de la Sala Segunda en uno de los dos turnos. Para ello, siguiendo el criterio del legislador, hizo de la misma condición que a los que superasen las pruebas de selección a los magistrados que habían prestado servicios por diez años o más en órganos jurisdiccionales especializados del orden penal, criterio plenamente válido y confirmado por esta Sala y contra el que el recurrente no ha llegado a ofrecernos razones de una mínima consistencia.

Este acto de aplicación de la Ley Orgánica, que el Sr. Velasco Núñez conoce perfectamente --pues obra en el expediente y de él dió cuenta la sentencia de 8 de mayo de 2008-- no fue caprichoso. Se hizo en virtud del mandato legal y conforme a los criterios queridos por el legislador de manera sensata y razonable para, además de llevar a la práctica sus designios en aquél momento, establecer desde entonces unas pautas de actuación predeterminadas que facilitarían el mantenimiento en el futuro de la composición de la Sala legalmente querida. No se aprecia, pues, atisbo de ilegalidad en este proceder.

Por lo demás, superar unas pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal, como hizo el recurrente, es un mérito relevante que le ha habilitado para aspirar a plazas del Tribunal Supremo del turno del artículo 344 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial desde el momento en que cumplió cinco años en la categoría de magistrado y quince en la Carrera Judicial pero esas circunstancias no le dan el derecho a acceder a la Sala Segunda. Será el Consejo General del Poder Judicial el que en su caso, le elija, si lo considera procedente, en función de los criterios de mérito y capacidad y atendiendo a las pautas sentadas por el Pleno de esta Sala Tercera en sus sentencias de 29 de mayo y 27 de noviembre de 2006 (recursos 309/2004 y 117/2005), 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006) y 23 de noviembre de 2009 (recurso 372/2008), cuando concurra a la convocatoria de alguna de sus plazas vacantes.

En definitiva, este recurso ha de seguir la misma suerte que los anteriores”(FD 3º y 4º).

3.3.4.2.- Acceso por el quinto turno de Magistrado en situación de excedencia.

Posibilidad de que un Magistrado en situación de excedencia voluntaria por interés particular pueda acceder al Tribunal Supremo. No puede computarse a efectos del cómputo para los quince años exigidos como ejercicio de la profesión de jurista la actividad judicial realizada por el Magistrado excedente mientras estuvo en servicio activo en la Carrera Judicial. STS de 17 de mayo de 2011 (RC 143/2010).

“(…) La conclusión correcta, según lo que después diremos, es que la pertenencia de los Magistrados excedentes a la Carrera Judicial, habida cuenta del régimen jurídico de la excedencia, (que es exorbitante respecto del que corresponde a los Magistrados en activo), no puede ser obstáculo para el acceso al Tribunal Supremo por el turno de juristas.

Desde luego, un Magistrado en activo no puede acceder al Tribunal Supremo por ese turno, pero aplicar esa misma prohibición a un Magistrado excedente sobrepasaría los límites de una interpretación razonable y proporcionada de la ley, a la vista del distinto régimen entre el servicio activo y la situación de excedencia. La interpretación que ahora defenderemos respeta el espíritu de las normas (artículos 343 y 345 de la LOPJ), según el artículo 3.1 del Código Civil, e impide la aplicación de una prohibición no establecida expresamente. En efecto, el régimen jurídico de la excedencia judicial, regulado en los artículos 356 a 360-bis de la LOPJ y completado con otros preceptos que después citaremos, es de todo punto diferente al del servicio activo, y conviene precisarlo a pesar de la obviedad:

1º.- La situación de excedencia impide el ejercicio de funciones jurisdiccionales, lo que constituye la esencia del servicio activo en la Carrera Judicial. Se trata de una conclusión obvia, porque constituye el núcleo de la excedencia, pero que, por ello mismo no puede dejar de consignarse.

2º.- A efectos funcionales, el historial del Magistrado excedente es ignorado por el ordenamiento jurídico, pues no se le computa el tiempo de excedencia ni a efectos de ascensos ni a efectos de antigüedad y derechos pasivos (artículo 358.1 de la LOPJ).

3º.- Los Jueces y Magistrados en excedencia no pueden formar parte de ninguna Asociación Judicial (artículo 401.5ª de la LOPJ, que limita esa posibilidad a los Jueces y Magistrados en servicio activo).

4º.- Los Jueces y Magistrados en excedencia puede afiliarse a partidos políticos y sindicatos (artículo 127.1 de la C.E., que sólo lo prohíbe a quienes se encuentren en servicio activo, y artículo 1.4 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de Agosto), lo que está rigurosamente prohibido a los miembros de la carrera Judicial en activo.

Como se ve, este régimen jurídico de los Jueces y Magistrados excedentes es tan distinto y contrapuesto al de los auténticos miembros de la Carrera Judicial, que resultaría desproporcionado y contrario a la esencia misma de la diferencia de situaciones deducir una prohibición, incapacidad o incompatibilidad donde la ley no la establece, por el simple hecho de que un precepto concreto diga que "los Jueces y Magistrados pueden hallarse (...) en la situación de excedencia voluntaria" (artículo 348).

La desproporción de la que hablamos quedaría aún más de manifiesto si se concluyera que el Magistrado en excedencia siempre tiene el camino allanado con sólo renunciar a la Carrera Judicial que tiene latente: exigir esto a un Magistrado en excedencia que se ha labrado un prestigio de jurista con quince años fuera de la Carrera, no parece razonable para remover una hipotética causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición no establecida expresamente en la ley.

B) El argumento colateral de que la pertenencia de los Jueces y Magistrados excedentes a la Carrera Judicial se ve reforzada por el hecho de que pueden reingresar en la Carrera por su sola solicitud (acompañada por la declaración de aptitud por el CGPJ si la situación ha durado más de 10 años), no es tampoco atendible: la facilidad o dificultad para cambiar de un régimen jurídico a otro distinto (de una situación

funcionarial a otra distinta) nada dice acerca de la similitud o diferencia entre aquéllos, siendo muchos los ejemplos en que el cambio depende de una pura declaración de voluntad.

[...]

los años en que se ejerció actividad judicial no pueden ser computados para los quince años que la ley exige a los Abogados y juristas para acudir al Tribunal Supremo por el quinto turno.

Y ello porque la LOPJ ha previsto que la quinta plaza del Tribunal Supremo se cubra con Abogados y otros juristas de reconocida competencia que hayan tenido una actividad profesional distinta a la judicial. Así se deduce:

a) De la propia Exposición de Motivos de la LOPJ (punto III), donde, al hablar del acceso a la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio, se dice que ello permitirá "incorporar a función tan relevante como la judicial a quienes, en otros campos jurídicos, han demostrado estar en condiciones de ofrecer capacidad y competencia acreditadas", y lograr también "entre la Carrera Judicial y el resto del universo jurídico la ósmosis que, a buen seguro, se dará cuando se integren en la judicatura quienes, por haber ejercido el Derecho en otros sectores, aportarán perspectivas diferentes e incorporarán distintas sensibilidades a un ejercicio que se caracteriza por la riqueza conceptual y la diversidad de enfoques".

La LOPJ quiere, por lo tanto, que quien acceda a la Carrera Judicial como jurista lo sea con base en el ejercicio de una actividad profesional distinta a la judicial. Esta es la esencia también del llamado "quinto turno" en el Tribunal Supremo, que ha de ser respetada en la interpretación de cualquier norma.

b) El artículo 343 de la LOPJ distingue claramente, respecto del Tribunal Supremo, entre cuatro plazas destinadas a miembros de la Carrera Judicial y una quinta destinada a quienes no son miembros de la Carrera. El precepto cumple exactamente los designios de la Exposición de Motivos.

No se trata de que los años de actividad judicial puedan o no computarse según existan o no atisbos de fraude de ley; se trata del cumplimiento o no cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, del respeto a los dos caminos establecidos por el ordenamiento jurídico para acudir al Tribunal Supremo, uno de los cuales es el del ejercicio de una profesión jurídica distinta a la judicial: pretender computar los años de ejercicio de actividad judicial no es un caso de fraude de ley, sino de incumplimiento del requisito de los quince años, y ello porque no hay ninguna norma cuyo texto ampare --una vez descritas e impuestas las dos vías diferentes de acceso al Tribunal Supremo-- la equiparación a estos efectos entre actividad de jurista y actividad judicial.

En conclusión, el tiempo en que el Sr. Gimeno-Bayón Cobos ejerció actividad judicial (desde el año 1974 hasta el 2001), no puede computarse para los quince años de ejercicio de actividad profesional de jurista, porque la exigida por la ley para su turno es actividad jurídica no judicial" (FD 11 y 13).

3.3.4.3.- Magistrados eméritos: derecho a formar parte de los Plenos Jurisdiccionales.

Derecho de los Magistrados eméritos del Tribunal Supremo a formar parte de los Plenos Jurisdiccionales de las Salas y de las Salas Especiales para juzgar aforados, de admisión y para resolver incidentes de recusación en la Sala de lo Penal. El nombramiento como Magistrado emérito conlleva plenas funciones jurisdiccionales. STS, Pleno, de 29 de octubre de 2010 (RC 14/2008).

“(…) Partiendo de estas consideraciones, especialmente de la afirmación de que el nombramiento conlleva plenitud de funciones jurisdiccionales, y compartiendo el criterio de la resolución impugnada de que la interpretación del inciso del artículo 200.5 “de acuerdo con las necesidades de refuerzo en la Sala correspondiente” no supone un requisito para la designación, sino en su caso una modulación del ejercicio de las funciones jurisdiccionales durante el periodo de la situación de Magistrado Emérito del Tribunal Supremo, habrá que determinar si los motivos que se dan a lo largo del expediente y en el acuerdo impugnado justifican las restricciones a la función jurisdiccional que el recurrente impugna.

Las razones del informe emitido por el Presidente de la Sala Segunda de este Tribunal, que justifica la propuesta de normas de reparto elevada en su día a la Sala de Gobierno en la Sala de lo penal, no pueden ser compartidas.

Se dice que dichos criterios se han mantenido sustancialmente invariables desde 1993, primero respecto de los Magistrados Suplentes y luego también para los Magistrados Eméritos. Sin embargo, esta circunstancia de hecho, ni tiene en cuenta la modificación efectuada en el artículo 200, por la introducción del apartado 5 de la ley Orgánica 2/2004, ni por otra parte acredita la legalidad del acuerdo.

Se mantiene también que las necesidades de refuerzo no se advierten en el funcionamiento de la Sala, a efectos de admisión o de conocimiento de causas especiales. Pero no se justifica, y menos aún en cuanto a las causas especiales, si, como pone de manifiesto el recurrente, de las propias normas de reparto se deduce que caso de que desaparezca la imputación del aforado o renuncie éste, el Magistrado Emérito recobra su competencia para resolver sobre el asunto.

Finalmente se argumenta que la inamovilidad temporal, que afecta a los Magistrados Eméritos, se ha tenido en cuenta para no incluirlos en la composición de la Sala para decidir en aquellos asuntos (admisiones y causas especiales). Sin embargo esta inamovilidad temporal que el artículo 298 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Magistrados suplentes, no hace sino garantizar la inamovilidad de éstos durante el tiempo del ejercicio jurisdiccional, pero no es una circunstancia que justifique la exclusión de los Magistrados Eméritos porque su nombramiento sea por cinco años, ya que la proximidad al término de la inamovilidad se da igualmente en los Magistrados en activo próximos a la jubilación. En cualquier caso, desde luego no es una necesidad derivada del trabajo de la Sala correspondiente.

OCTAVO.- *Queda por analizar el segundo de los argumentos del informe del Presidente de la Sala Quinta que se contiene en el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y se acoge esencialmente en el acuerdo impugnado, consistente en considerar que la competencia para conocer y pronunciarse la Sala de Gobierno sobre*

la cuestión le viene atribuida por lo dispuesto en el artículo 152,2º y 5º, sobre establecimiento con carácter anual y con criterios objetivos de los turnos precisos para la composición y funcionamiento de las Salas del Tribunal, así como de modo vinculante las normas de asignación de las Ponencias que deban turnar los Magistrados (artículo 152.2º).

Ha de admitirse que a través de estas normas de reparto la Sala de Gobierno puede establecer distintos turnos y dividir en secciones distintas el conocimiento de determinados asuntos, como ocurre en el caso de la Sala Tercera, donde en virtud de lo dispuesto en el artículo 17, apartado 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el reparto ha de hacerse atendiendo a las distintas materias que son objeto de recurso, al objeto de lograr una mayor especialización y evitar posibles contradicciones. Y desde luego, el inciso del artículo 200.5 “con arreglo a las necesidades de refuerzo de cada Sala”, permite que anualmente se distribuyan los méritos en aquellas secciones en que sean más necesarios a juicio de la Sala de Gobierno, precisamente para aprovechar su dilatada experiencia jurisdiccional.

Sin embargo, en el presente caso no nos encontramos ante un reparto entre todos los componentes de la Sala, sino ante la exclusión de los Magistrados Eméritos de determinados turnos de reparto en los que sí entran el resto de los Magistrados en activo. En consecuencia, y sin perjuicio de que a través de esta técnica pueda atribuirse positivamente el conocimiento de determinadas materias a unos Magistrados y no a otros, en el presente caso no aparece justificada la exclusión de los Magistrados Eméritos del funcionamiento de las Salas Especiales, de admisión, de los incidentes de recusación y de los plenos de las salas jurisdiccionales. Y desde luego no parece que sean las necesidades del reparto las que justifiquen dicha exclusión, cuando según las normas de reparto está previsto que participen en la carga de ponencias en la misma proporción que el resto de los miembros de la Sala.

Resulta poco razonable en este sentido que se admita y se considere conveniente la presencia de los Magistrados Eméritos para formar el pleno de la Sala no jurisdiccional, a efectos de unificar jurisprudencia, donde su experiencia y conocimientos se consideran decisivos, y valorando que, aunque no tengan carácter vinculante, es conveniente su participación, para asegurar la posterior unidad jurisprudencial; y en cambio esa experiencia y conocimientos no sean necesarias cuando se trate de resolver asuntos jurisdiccionales.

NOVENO.- *Tampoco puede admitirse como razonable la distinción que se hace en el caso de los plenos de la sala jurisdiccionales, admitiendo la presencia de los Magistrados Eméritos si son ponentes, y no, si no lo son. La razón de esta contradicción se deduce del acuerdo recurrido y de los previos que le preceden, y consiste en preservar el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Es evidente que el cambio de ponente, nombrado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en cuya designación turnarán todos los magistrados de la sala o sección, puede afectar a este derecho fundamental; pero también la alteración, sin motivos objetivos y predeterminados, comunicada a las partes para su posible impugnación, de los Magistrados que con arreglo a las normas de reparto forman parte de la Sección, según acuerdo de la Sala de Gobierno, publicado en el Boletín Oficial del Estado.*

Es práctica habitual, por otra parte, que la elevación al pleno de la Sala se haga por decisión de su Presidente, a iniciativa de la Sección correspondiente, cuya composición se vería alterada al excluir de la votación en el Pleno al Magistrado Emérito que formara parte de la Sección” (FD 7º, 8º y 9º).

3.3.5.- Presidencias de Sala.

3.3.5.1.- Inexistencia de preferencia de los Magistrados especialistas para ocupar Presidencia de Sala de la Audiencia Nacional.

Inexistencia de preferencia de los Magistrados especialistas para ocupar la plaza de Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. La especialización no es un requisito para acceder a plazas de Magistrados de la Audiencia Nacional. Idéntico criterio resulta de aplicación a las Presidencias de las Secciones de dicho órgano judicial. STS de 12 de abril de 2011 (RC 261/2009).

“(…) El primer y principal argumento que el recurrente utiliza en el presente recurso es la supuesta preferencia para ocupar la plaza de Presidente de la Sala de lo Social de los Magistrados que reúnan la condición de especialista en la jurisdicción social, condición que reúne el demandante, y no el candidato nombrado.

Se basa el recurrente para hacer esta afirmación en que el artículo 130, apartado 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente en el momento del acuerdo impugnado disponía que: “ Los concursos para la provisión de plazas de las salas de la Audiencia Nacional se resolverán a favor de quienes ostenten la correspondiente especialización en el orden respectivo; en su defecto por quienes hayan prestado servicios en el orden jurisdiccional correspondiente durante ocho años dentro de los doce años inmediatamente anteriores a la fecha de la convocatoria; y en defecto de todos estos criterios, por quien ostente mejor puesto en el escalafón”.

Ciertamente, de este precepto con la nueva redacción dada por el art. 78 de LO 19/2003 de 23 diciembre 2003, se deduce que frente al sistema anterior, donde tan solo se reservaban unas determinadas plazas para Magistrado Especialista, ahora se otorga una preferencia para ocupar cualquier plaza a quien reúna esta condición. Sin embargo conviene destacar que no es un requisito para acceder a dichas plazas, pudiendo acceder igualmente Magistrados que tengan la experiencia que exige la Ley, e incluso Magistrados sin experiencia. Esto indica que, aun cuando en el caso concreto, los dos únicos Magistrados que componían la Sección eran especialistas, hipotéticamente podrían ser dos o muchos más, y pudiera darse la circunstancia de que no tuvieran esta condición. La consecuencia de este razonamiento es que no puede admitirse la tesis del recurrente de que si para ser Magistrado es requisito ser especialista, también lo debe ser, o así debe interpretarse, para ser Presidente de la Sala.

Lo mismo podríamos decir del sistema de provisión de las Presidencias de Sección de la Audiencia Nacional que según el artículo 333.1 de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial, se cubrirán por concurso, que se resolverá de conformidad con las reglas establecidas en el Art. 330. Es decir, tendrán preferencia, como antes se ha dicho los Magistrados especialistas, pero no es requisito o condición para acceder a dichas plazas, de donde decae el argumento de que si Presidente de Sección ha de ser especialista, el de la Sala, que preside la Sección Primera por mandato legal,

igualmente debería serlo, pues no es cierta la primera premisa del silogismo, siendo posible que todas las plazas de la Sección, no reservadas al cupo de Magistrados especialistas, sean cubiertas por Magistrados que no reúnan esta condición.

Por el contrario, el artículo 333.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “las plazas de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional, se proveerán, por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados que hubieren prestado 10 años de servicios en esta categoría y ocho en el orden jurisdiccional de que se trate”.

Claramente se deduce que el legislador ha querido, precisamente con la reforma operada por el artículo uno de LO 19/2003 de 23 diciembre 2003, separar el sistema de provisión de plazas de Presidente de Sala, (como lo hace igualmente con las del Tribunal Superior de Justicia) del sistema ordinario de provisión por concurso, como también se desprende del mismo precepto, en cuanto mantiene este sistema para los Presidentes de Sección.

Y por otra parte dicho precepto legal establece una excepción cuando señala que “no obstante, la Presidencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional 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”. Es decir, cuando el legislador ha querido dar una preferencia a la condición de especialista, lo ha hecho expresamente, de donde por el argumento de que incluido un supuesto hay que entender excluidos los demás, hay que rechazar la tesis del recurrente de que una interpretación sistemática debería llevar a dar preferencia para cubrir las plazas de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional a quienes tienen la condición de especialistas.

Tiene razón el recurrente en cuanto sostiene que la reforma operada por la LO 19/2003 de 23 diciembre 2003 tiende a favorecer la especialización, pero lo hace en los términos antes vistos, y es esa misma reforma la que también cambia el sistema de provisión de las plazas de Presidente de Sala abandonando el sistema de concurso, de donde se deduce que, ni literalmente, ni sistemáticamente, puede hacerse una interpretación de la Ley en base a una parte de la misma, olvidándose del resto”(FD 1º).

En similares términos, STS de 7 de abril de 2011 (RC 277/2009).

3.3.5.2.- Inexistencia del derecho a ser reelegido Presidente de Sala.

No se trata de un cargo inamovible para quienes los alcanzaron en su momento. STS de 7 de marzo de 2011 (RC 570/2009).

“(…) Sostiene el recurrente que existe una práctica y un principio general no escrito por el que se reelige a los Presidentes de las Salas, cuando han desempeñado bien su función. Como sostiene el Abogado del Estado no existe un derecho de los Presidentes de Sala a ser reelegidos. La Ley Orgánica del Poder Judicial se modificó expresamente con la finalidad de someter temporalmente las Presidencias de las Salas a la decisión del Consejo General del Poder Judicial, dejando de ser tales cargos inamovibles para quienes alcanzaran en su momento las Presidencias de las Salas por el sistema hasta entonces vigente que primaba la antigüedad fundamentalmente. En consecuencia, el sistema podrá ser compartido como idóneo o no, pero lo cierto es que esa es la voluntad del legislador y a ella hay que estar, sin que exista norma alguna que exija la

reelección, aun cuando el anterior Presidente haya actuado satisfactoriamente, como con seguridad ocurre con el recurrente, y por ello no cabe apreciar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, por el hecho de que en otros casos se haya procedido a la reelección, máxime si como aquí ocurre, del análisis del expediente administrativo y de los méritos del recurrente y del candidato elegido finalmente se desprende que estamos antes dos candidatos que reúnen la excelencia necesaria para ostentar dicha Presidencia, de tal suerte que esta circunstancia no tiene porqué darse en otras situaciones y por ello no puede entenderse vulnerado dicho precepto constitucional” (FD 5º).

3.4.- CUESTIONES DIVERSAS.

3.4.1.- Adscripción atípica a Audiencia Provincial.

Adscripción que no se produjo al amparo de lo previsto en artículo 118 LOPJ. Imposibilidad de su aplicación por analogía. Inexistencia de identidad de razón entre los supuestos. Anulación de adjudicación de la plaza. STS de 31 de marzo de 2011 (RC 13/2010).

“(…) Entrando así en la primera de las impugnaciones, debe destacarse que el artículo 118 de la LOPJ establece la posibilidad de cubrir los destinos cuyos titulares se encuentren en situación que lleve consigo el derecho de reserva de plaza por ocupar un cargo de duración determinada y dotado de inamovilidad durante el tiempo que permanezcan los titulares en la referida situación, a través de los mecanismos ordinarios de provisión.

Quienes ocupen los referidos destinos, cuando se reintegre a la plaza su titular, quedarán en situación de adscritos al Tribunal colegiado en que se hubiera producido la reserva o, si se tratase de un Juzgado, a disposición del Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, y serán destinados a la primera vacante que se produzca en el Tribunal colegiado de que se trate o en los Juzgados del mismo orden jurisdiccional del lugar de la plaza reservada, a no ser que se trate de plazas de Presidente o legalmente reservadas a Magistrados procedentes de pruebas selectivas, si no reunieren esta condición.

En este caso la adscripción en su día del magistrado Don Francisco Javier Romero Costas a la Audiencia Provincial de Pontevedra en el orden civil, en virtud del acuerdo reseñado en el apartado 3 del fundamento cuarto de esta Sentencia no se produjo bajo la cobertura del Art. 118 LOPJ, al que no se hace referencia en dicho acuerdo.

Y no cabe entender, que por un criterio de analogía (Art. 4.1 CC) pudiese haber sido aplicable al caso dicho art. 118 LOPJ, aún no invocado en el momento de la adscripción.

Para ello, hubiera sido necesaria una relación de semejanza entre el supuesto de hecho previsto en el Art. 118.3 LOPJ, y la situación en que se encontraba el magistrado Sr. Romero Costas, sobre cuya semejanza poder entender que se da una identidad de razón para aplicar al supuesto específico no contemplado en dicha norma la consecuencia jurídica establecida para el que en la misma se contempla. Y es el caso que la necesaria semejanza de supuestos no se da en este caso.

En efecto, el supuesto previsto en el Art. 118.3 parte de la situación de reserva de plaza regulada en el Art. 118.1, y de la asignación de esa concreta plaza, mientras dura la reserva, a otro magistrado. En el caso del Sr. Romero Costas no se da ninguna de esas dos circunstancias, ni la de reserva de plaza ni la de asignación concreta de la plaza reservada. Su situación de adscripción al orden civil de la Audiencia Provincial de Pontevedra no podía ser, así, en modo alguno, la regulada en el Art. 118.1 LOPJ, sino que se trataba de una situación que podemos calificar de atípica. En esas condiciones, si bien no existe razón para privar al magistrado beneficiario de la adscripción de su permanencia en la Audiencia Provincial, no la hay para que además pueda ser beneficiario de lo dispuesto en el Art. 118.3, sobreponiéndose al legítimo interés de otros miembros de la carrera de ocupar la plaza vacante. No podemos compartir por ello el argumento contenido en la resolución impugnada sobre la obligatoria adjudicación de la plaza litigiosa al recurrido Sr. Romero Costas, conforme a lo establecido en el artículo 118.3 de la LOPJ, porque, no encontrándonos ante el supuesto de hecho específicamente contemplado por el apartado 1 del referido precepto, y no existiendo la preceptiva identidad de razón entre éste y el supuesto no regulado, no resulta posible, como ya se ha dicho, la aplicación analógica de la norma, por falta de los requisitos exigidos en el artículo 4.1 del Código Civil, máxime cuando el artículo 118 de la LOPJ, según ya dijimos en nuestra sentencia de 30 de octubre de 2002 - fundamento de derecho cuarto- (recurso 9/1999), es una norma excepcional que limita las expectativas que con carácter general están establecidas para los miembros de la Carrera Judicial (en este concreto caso la provisión y adjudicación de los destinos por concurso y con respeto a los criterios de preferencia legalmente establecidos según resulta de los artículos 326.2 y 330 de la LOPJ) y en cuya interpretación debe seguirse por ello un criterio antes restrictivo que extensivo” (FD 6º).

3.4.2.- Aplazamiento de la efectividad de provisión de una plaza.

Pendencia en el órgano judicial de procedencia. Obligación de dictar las resoluciones pendientes antes de tomar posesión del nuevo destino. Resolución conforme al artículo 327.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. STS de 5 de marzo de 2012 (RC 529/2011).

“(…) Efectivamente, el artículo 327.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone:

"3. (...) el Consejo General del Poder Judicial, por resolución motivada, podrá aplazar la efectividad de la provisión de una plaza de Juez o Magistrado cuando el que hubiere ganado el concurso a dicha plaza debiera dedicar atención preferente al órgano de procedencia atendidos los retrasos producidos por causa imputable al mismo. Dicho aplazamiento tendrá una duración máxima de tres meses, transcurridos los cuales si la situación de pendencia no hubiere sido resuelta en los términos fijados por la resolución motivada de aplazamiento, el Juez o Magistrado perderá su derecho al nuevo destino" (s.n.).

Por su parte, el acuerdo de la Comisión Permanente de 2 de octubre de 2010 establecía:

"A los efectos de lo dispuesto en el artículo 327.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los/as Magistrado/as que deduzcan petición para participar en este concurso, deberán expresar necesariamente en la misma el número de Sentencias y Autos pendientes de dictar a la fecha de la presentación de la instancia, pudiéndose aplazar

la efectividad de la provisión de la plaza, cuando el que hubiese ganado el concurso deba dedicar atención preferente al órgano de procedencia atendidos los retrasos producidos por causa imputable al mismo" (s.n.).

En cumplimiento de esa exigencia, el Sr. Muñoz-Cobo Herreros hizo constar en su solicitud que en el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 5 eran 68 los asuntos pendientes de sentencia. Y el informe del Servicio de Inspección refleja que 64. Además, señala que la situación del Juzgado era deficiente e indicaba que, entre otras causas, se debía al ritmo de señalamientos fijados por el juez.

La Comisión Permanente, facultada para decidir los nombramientos no reservados al Pleno del Consejo, según el artículo 131.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, actuó conforme a la previsión de su artículo 327.3 y a las bases a las que se sujetaba el concurso pues, al diferir el cese del recurrente, no hizo más que aplazar la provisión de la plaza convocada, precisamente, porque concurría el presupuesto al que el legislador vincula esa consecuencia. Diferir los efectos del cese en el contexto de la resolución del concurso y en los estrictos términos previstos en el precepto reproducido no puede verse como la anulación o revocación del cese. Este último estaba previsto expresamente por el Real Decreto 1817/2010 para el día siguiente a su publicación y lo que se hizo fue, simplemente, aplazar su eficacia para así dar cumplimiento a lo dispuesto legalmente y en las bases del concurso. Aplazamiento cuya consecuencia fue dejar en suspenso la provisión de la plaza de magistrado especialista en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, obtenida por el Sr. Herrero Muñoz-Cobo, mientras éste dictaba las resoluciones judiciales pendientes" (FD 5º).

3.4.3.- Cómputo del plazo de ocho años previsto en el artículo 330.2 LOPJ.

Se ha de hacer desde la fecha de la publicación del nombramiento en un órgano de la misma y no desde la fecha de toma de posesión. STS de 30 de noviembre de 2009 (RC 63/2008).

"(...) El recurso debe ser desestimado porque la solución dada por el Consejo General del Poder Judicial a la controversia que se nos ha planteado la resuelve razonablemente y no contradice el artículo 330.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esto último parece claro porque cuando ese precepto habla de magistrados "que vengan prestando sus servicios en dicho orden jurisdiccional [contencioso administrativo] durante los ochos años inmediatamente anteriores a la fecha de la convocatoria", no está exigiendo que esos servicios sean efectivos ni impide iniciar su cómputo desde el nombramiento. De otro lado, no pueden ignorarse los inconvenientes que recuerda la Abogada del Estado y puso de relieve el Servicio de Personal del Consejo General del Poder Judicial en el informe que emitió para la resolución del concurso en el que se adjudicó la plaza en disputa y que obra en el expediente.

En efecto, además de los posibles resultados absurdos a que puede conducir una interpretación rigurosa de esos servicios a los que se refiere el artículo de referencia, evitables con sólo utilizar la fecha del nombramiento como dies a quo del cómputo de los ocho años necesarios para gozar de preferencia en el concurso, es preciso tener presente que, de utilizar el otro criterio, el de la toma de posesión, se produce un doble resultado negativo. Así, se pierde una referencia clara y segura: la ofrecida por la

publicación del nombramiento. Y, en cambio, se abre un panorama complejo, carente de la claridad que garantiza el otro proceder, porque entonces el comienzo del cómputo dependerá de los distintos plazos que prevén las normas para tomar posesión según el destino previo que se esté desempeñando (artículo 319 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o, incluso, de otros factores, como el disfrute de licencias o permisos o la realización de cursos de formación u otras circunstancias, como, por ejemplo, sucedió con el Sr. Aguayo Mejía que no pudo tomar posesión antes, porque el Juzgado para el que fue nombrado no entró en funcionamiento hasta después de que cobrara vigor la Ley de la Jurisdicción. El caso es que, de este modo, no sólo se pierde la certeza que la otra solución proporciona, sino que se da pie a notables complicaciones e, incluso, a desigualdades de trato.

Por otra parte, el sentido de la introducción de la preferencia que nos ocupa por la Ley Orgánica 19/2003 en el artículo 330.2 de la del Poder Judicial no conduce necesariamente a la conclusión que defiende la recurrente, porque, al fin y al cabo, la distancia temporal que media entre nombramiento y toma de posesión es, dados los plazos establecidos, por definición breve. De ahí que, razonando en términos de experiencia previa, no parece que de diferencias de días puedan derivar diferencias de significación en ella.

Otras dos consideraciones apoyan la legalidad del proceder del Consejo. De un lado, la continuidad en la aplicación de los criterios que viene manteniendo y la coherencia con el criterio que sigue en el cómputo de la antigüedad en la Carrera Judicial. La antigüedad, ciertamente, no coincide con la noción de prestación de servicios en el orden jurisdiccional. Sin embargo, es un criterio que sirve para decidir la adjudicación de plazas judiciales cuando no está previsto otro distinto y no es ajeno a la experiencia que el mayor tiempo de servicio proporciona. De otro, no es posible pasar por alto, ya en estricta consideración de este concreto caso, que el Sr. Aguayo Mejía habría podido tomar posesión mucho antes del momento en que lo hizo de estar en funcionamiento el Juzgado del que fue nombrado titular.

En definitiva, interpretar el artículo 330.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el sentido de que la prestación de servicios en el mismo orden jurisdiccional en los ocho años inmediatamente anteriores a la fecha de la convocatoria ha de contarse desde la publicación del nombramiento, satisface las reglas del artículo 1.6 del Código Civil, pues respeta el texto, evita resultados absurdos y no contraría el propósito perseguido por el legislador al redactar en los términos vigentes aquél precepto” (FD 4º).

3.4.4.- Consolidación de la especialidad en mercantil.

Solicitud de un Magistrado de continuar en su actual destino, en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, como especialista del orden social, conservando la especialización en asuntos propios del orden mercantil. Improcedencia. Obligación impuesta en el Reglamento de la Carrera Judicial de concursar en un plazo de tres años, so pena de destino forzoso. No existe infracción del principio de reserva de ley puesto que la regulación de las especializaciones está abierta por la LOPJ a la potestad reglamentaria del CGPJ. STS de 3 de noviembre de 2009 (RC 106/2008).

“(…) La tesis de la demandante no debe ser estimada, pues no cabe afirmar que el art. 104. bis 1, Reglamento Carrera Judicial, contradiga a los arts. 329.4 y 330.5, LOPJ, ni que se refiera a una materia diferente a la que en ellos se establece. Esos preceptos de la LOPJ, regulan la preferencia que ha de reconocerse a los magistrados que obtengan la especialización mercantil para ocupar plaza en concursos destinados a cubrir plazas de lo mercantil, o en Secciones de las Audiencias Provinciales que resuelvan recursos contra resoluciones de juzgados de lo mercantil, señalando que el procedimiento para la obtención se esa especialización se regulará reglamentariamente. Mandato éste de reglamentación que cumple los arts. 104 bis 1 y sgs. del Reglamento de la carrera Judicial. Es del todo razonable, por consiguiente, que al regular las previsiones sobre los concursos para cubrir plazas en órganos judiciales mercantiles para los que reúnen la especialización mercantil, la preferencia se refiera en el art. 104 bis, 1, Reglamento, 1/95, a los órganos que la LOPJ, mencionan en los preceptos antes citados. La previsión del art. 104, bis, 3 que obliga a los especialistas a cumplir la obligación de concursar en un plazo de tres años, so pena de destino forzoso, es lógico que debe entenderse referida a esos órganos judiciales.

La intervención reglamentaria en el señalamiento de esta obligación, que es la que la actora quiere soslayar, tiene su base legal en la deslegalización que se contiene en el art. 330.5 de la LOPJ, cuando dice que reglamentariamente determinará el CGPJ, cuales son las pruebas selectivas que atribuyen la calidad de especialista mercantil, puesto que esa obligación que se establece como condicionante de la conservación de la libertad de concursar es razonable que se interprete referida a las circunstancias de esa especialización. La intervención reglamentaria del CGPJ, en esa materia se refuerza con la previsión contenida en el art. 110, 2 párrafo 2, y apartado a), que atribuye a ese órgano con relevancia constitucional, la potestad de dictar reglamentos, respecto de los sistemas de especialización en la Carrera judiciales, claro es con sujeción a la Ley, circunstancia que como se ha argumentado se cumple en el caso que se resuelve.

En realidad, lo que en este particular pretende la demandante, mas que una contradicción entre el art. 104,1,b) Reglamento 1/95 y la Ley, es afirmar que ese precepto está regulando una materia reservada a la Ley, pero como se acaba de argumentar esa reserva no existe, al estar abierta a los Reglamentos del CGPJ, la posibilidad de regular las especializaciones en la Carrera Judicial.

Desde otro punto de vista, la pretensión ahora estudiada, parece sugerir, que hubiera sido preferible que el tan citado art. 104.bis.1, Reglamento 1/95, en vez de la redacción que ahora tiene, hubiera tenido la que ella indica, que incluye entre los órganos judiciales que pueden ocupar los magistrados con especialización mercantil, además las citadas Secciones de las Audiencias Provinciales, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. Lo que es una opción del creador de la norma, que quizá podría haberse seguido, pero que no ha sido así, cuando el CGPJ, ha hecho uso de la potestad discrecional que el legislador le confirió para reglamentar, ya que no se aprecia que el precepto de la LOPJ (art. 75.2) que a estos efectos cita el actor, u otros impongan inexorablemente que la reglamentación de la especialización judicial mercantil, deba estar referida también a ese órgano judicial la LOPJ (art. 75.2) , no citado por los arts. 329 y 330, LOPJ” (FD 4º).

4.- OTRAS DISPOSICIONES Y ACUERDOS.

4.1.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES.

4.1.1.- Legitimación.

4.1.1.1.- Colegios profesionales.

Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia dejando sin efecto otro anterior sobre desplazamiento de los Jueces de lo Penal del Partido Judicial de Burgos, a Aranda de Duero y Miranda. Legitimación del Colegio de Abogado de Burgos para su impugnación. Medida organizativa que incide sobre la actuación profesional a desarrollar por los colegiados ejercientes en toda la provincia. STS de 7 de abril de 2009 (RC 457/2007).

“(...) Desde esa panorámica jurídica parece exagerado que el CGPJ, a través del acuerdo recurrido haya negado legitimación al Colegio de Abogados de Burgos para impugnar en alzada unos acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, que, en definitiva, venían a revocar otro anterior de dicha Sala de Gobierno de 1990, sobre desplazamiento de los Jueces de lo Penal del partido judicial de Burgos a las localidades de Aranda de Duero y Miranda de Ebro, así como su constitución en las mismas para celebrar juicios orales relativos a los procedimientos instruidos en los partidos de esas localidades, dado que es claro que esa medida organizativa sobre actuación judicial habían de repercutir sobre el tiempo, forma y materialidad de la actuación profesional, defensiva o acusatoria procesal a desarrollar, no solo por los Abogados ejercientes en las aludidas localidades de Aranda de Duero y Miranda de Ebro, sino lógicamente también en la de los demás colegiados ejercientes en el resto de la provincia de Burgos, también potencialmente ejercientes en esas localidades, quienes, sea cual sea la solución que en definitiva adoptara el CGPJ, al resolver la alzada, habrán de ver también afectados sus derechos profesionales. Interés y derechos de la totalidad de componentes del Colegio accionante, que deben ser contemplados en abstracto y en términos de generalidad, según se infiere de la literalidad del art. 4º.1.a) del Estatuto General de la Abogacía Española, que confiere a los Colegios de Abogados, la potestad de ostentar la representación y defensa de la profesión de abogado ante la Administración e Instituciones, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los derechos e intereses profesionales y a los fines de los Abogados. Y todo ello con independencia de que el Colegio en la alzada defienda una solución organizativa favorable a los ejercientes en las indicadas localidades de Aranda de Duero y Miranda de Ebro, pues esto, hay que reiterar no excluye el que el problema suscitado afecte o repercuta respecto de todos los colegiados de la Provincia, en uno u otro concepto, según cuál sea la solución que el CGPJ, adopte sobre el fondo del asunto” (FD 5º).

4.2.- REGLAMENTOS DEL CGPJ.

4.2.1.- Regulación de la provisión de plazas de nombramientos discrecionales en los órganos judiciales.

4.2.1.1.- Conformidad con la doctrina jurisprudencial.

Esas plazas, según la LOPJ, no se proveen por concurso sometido a baremo. Las previsiones del Reglamento se ajustan a los criterios jurisprudenciales. El Reglamento no impide el control de la discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial. STS de 31 de octubre de 2011 (RC 199/2010).

“(…) La cuestión que debemos resolver no se sitúa, sin embargo, en el plano de los fines ni en el de los principios, sino en el de los medios, en particular, en el que representa el Reglamento 1/2010. De él afirman las magistradas recurrentes que es doblemente inidóneo porque no asegura el control efectivo de la discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial en estos nombramientos para preservar los principios de mérito y capacidad y porque tampoco vale para garantizar el cumplimiento del principio de presencia equilibrada al que se ha hecho repetida mención. Ante tal insuficiencia nos piden que lo declaremos nulo.

En el planteamiento de la demanda juega, como hemos visto, un papel determinante la pretensión de que en las normas reglamentarias se incluyan parrillas de valoración de los méritos, con asignación de puntuaciones máximas y mínimas para así objetivar la decisión y hacer imprescindible una motivación referida a datos concretos. Sucede, sin embargo, que en cuanto a los requisitos relacionados con el mérito y la capacidad el Reglamento 1/2010 recoge la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala a partir de 2006 [sentencias de 29 de mayo de 2006 (recursos 309 y 137/2005), 27 de noviembre de 2006 (recurso 117/2005), 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006), 23 de noviembre de 2009 (recurso 372/2008)]. Doctrina que ya fue plasmada por el Consejo General del Poder Judicial en la reforma que introdujo en su Reglamento de Organización y Funcionamiento por acuerdo de 25 de junio de 2008 y que ha tenido ulteriores desarrollos en las sentencias del Pleno de la Sala de 3 de febrero (recurso 137/2010) y 7 de febrero (recurso 343/2009), ambas de 2011, y en las sentencias de la Sección Octava de 7 de marzo y 7 de abril de 2011 (recursos 570/2009 y 277/2009), 5 y 11 de febrero (recursos 72/2005 y 148/2007) y 18 de mayo (recurso 186/2009), las tres de 2010, todas estas últimas en el particular aspecto de los requisitos exigibles y de la correspondiente motivación que deben contener los acuerdos de nombramiento del Consejo General del Poder Judicial cuando de plazas con contenido gubernativo se trate.

Pues bien, esa jurisprudencia destaca que en el sistema establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial los nombramientos llamados discrecionales y, en particular, los de magistrados del Tribunal Supremo, se producen mediante una decisión que descansa en el amplísimo margen de elección que el legislador ha puesto en manos del Consejo General del Poder Judicial si bien, inmediatamente, la doctrina de la Sala exige que esa elección se fundamente en los principios constitucionales de mérito y capacidad que han de apreciarse en relación directa con las concretas características de la plaza de que se trate y vaya acompañada de una motivación que explique las razones que llevaron, primero, a la Comisión de Calificación a formar la

propuesta elevada al Pleno del Consejo General del Poder Judicial y, después, a dicho Pleno a realizar su elección. Requisitos y motivación que, tratándose de plazas jurisdiccionales a proveer entre miembros de la Carrera Judicial, han de descansar de manera, si no exclusiva, sí determinante en los méritos relacionados con el ejercicio de la jurisdicción por los solicitantes de las mismas plasmados en las sentencias que hayan dictado o de las que hayan sido ponentes. Además, el razonamiento seguido por la Comisión de Calificación y por el Pleno ha de consistir en argumentos dotados de suficiente concreción, deducibles de los méritos consignados por los aspirantes sin que sean válidas las formulaciones genéricas.

Asimismo, ha admitido esa jurisprudencia que, cuando se trate de plazas con contenidos gubernativos, el Consejo General del Poder Judicial puede valorar para hacer su elección circunstancias que pongan de manifiesto en la persona elegida una especial idoneidad para desempeñar las funciones de gobierno, ya sea por su aceptación por los miembros del tribunal de que se trate o por otras circunstancias debidamente explicadas que la acrediten.

Y, si se ha dicho expresamente, a propósito de los nombramientos de magistrado del Tribunal Supremo, que no se resuelven por un concurso sometido a baremos, o sea a las parrillas de valoración que consideran indispensables las recurrentes, afirmación que cabe extender a los demás nombramientos discrecionales [tal como apunta la sentencia de 5 de febrero de 2010 (recurso 72/2005), seguida luego por la de 11 del mismo mes y año (recurso 148/2007), y reiteran las de 7 de marzo, 7 y 12 de abril de 2011 (recursos 570/2009, 277/2009 y 261/2009, respectivamente)], en cambio, se ha admitido que el Consejo General del Poder Judicial determine en las convocatorias los particulares méritos que va a considerar de manera preferente para formar su decisión, méritos que, aquí sí, tendrán que estar directamente relacionados con las necesidades de la Sala o del Tribunal de que se trate. De este modo, la indeterminación de las normas reglamentarias experimentará una importante concreción que jugará decisivamente a la hora de enjuiciar la actuación del Consejo General del Poder Judicial conducente a la elección que finalmente haga.

En la medida en que el Reglamento 1/2010 se ajusta a estos requerimientos jurisprudenciales --y así ha sido reconocido por esta Sala [sentencias de 3 de febrero (recurso 137/2010) y 12 de abril (recurso 261/2009), ambas de 2011, a las que se puede añadir la de 23 de noviembre de 2009 (recurso 372/2008), si bien se refiere a la reforma de 2008]-- no pueden ser acogidas las razones por las que las magistradas recurrentes sostienen que es inhábil para evitar a través del control jurisdiccional la arbitrariedad en que pueda incurrir el Consejo General del Poder Judicial.

Pero es que, además, la posición de la demanda descansa en una premisa no demostrada: la inhabilidad del Reglamento para el control judicial de estos nombramientos. Efectivamente, la utilización de conceptos indeterminados no equivale a fomento de la arbitrariedad, como parece sostener la demanda, ni impide la efectividad de la fiscalización que llevan a cabo los tribunales de justicia” (FD 5º).

4.2.1.2.- Tratamiento de la cuestión de género: falta de previsión de cuotas.

El principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres constituye un principio rector de la actividad del CGPJ en materia de nombramientos discrecionales. La opción del Reglamento de no prever cuotas o un sistema de

ponderación diferenciada de algunos de los méritos y motivación selectiva en función del género no determina su disconformidad a derecho. El Reglamento no imposibilita la consecución de una presencia equilibrada de mujeres y hombres en estas plazas. STS de 31 de octubre de 2011 (RC 199/2010).

“(...) Esto mismo sucede con el otro reproche que le hacen: no se ha demostrado que el Reglamento carezca de virtualidad para observar el principio de la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los cargos judiciales de nombramiento discrecional.

Desde luego, la consagración como principio rector, es decir como pauta objetiva, de esa finalidad en el artículo 3.1 del Reglamento se suma a las exigencias en ese sentido derivadas directamente de la Constitución de manera que el Consejo General del Poder Judicial no podrá ignorarla en la actuación que despliegue en materia de nombramientos discrecionales. Asimismo, debe destacarse que las sugerencias concretas recogidas en el informe de impacto de género, al que se remiten las recurrentes, han sido asumidas en el texto o pueden entenderse atendidas a través del mencionado principio rector.

En efecto, la 1ª sugerencia fue recogida con la inclusión en el preámbulo de la mención al mismo y a la Ley Orgánica 3/2007 y la 2ª, también, pues el Reglamento utiliza un lenguaje no sexista. Las tres siguientes pueden considerarse satisfechas mediante el indicado principio. En efecto, la 3ª consistía en que se exigiera en el artículo 12.4 que los requisitos requeridos en las convocatorias garanticen esa presencia equilibrada. La 4ª en que en el artículo 16.5 d) se obligara a la Comisión de Calificación a justificar que en la formación de la terna se respetó tal principio. Y la 5ª quería que en el artículo 17 se requiriera que la motivación del Pleno hiciera expresa referencia al respeto del mismo. Entendemos que los propósitos de estas indicaciones se logran perfectamente con la recepción expresa del principio de presencia equilibrada pues hace que se proyecte sobre todos los supuestos de nombramiento discrecional.

Por otro lado, la última de las sugerencias, la 6ª, estaba formulada en términos matizados. Pedía que se valorara la conveniencia de incluir en el Reglamento la proporción 60%-40% de presencia de mujeres y hombres contemplada en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007 como objetivo a alcanzar en el cómputo global de los nombramientos discrecionales en un lapso temporal por determinar: un año, el mandato del Consejo General del Poder Judicial. Obviamente, el hecho de que el Reglamento no la recogiera ninguna consecuencia invalidante puede tener ya que esa meta es afirmada directamente por la mencionada disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007.

Y hay que señalar frente a las alternativas apuntadas por ese informe --cuotas, ponderación diferenciada de algunos de los méritos y motivación selectiva en función del género-- que la opción de no recogerlas en el Reglamento no determina su disconformidad con el ordenamiento jurídico. En efecto, ya hemos dicho que la solución seguida por el Consejo General del Poder Judicial no es incompatible con la obtención del objetivo de igualdad del que venimos hablando. Además, a propósito del mismo, hemos de reiterar lo afirmado recientemente [sentencia de 13 de octubre de 2011 (recurso 288/2009), en línea con lo ya manifestado por la de 7 de abril de 2011

(recurso 277/2009)] a propósito, precisamente, del principio de igualdad entre hombres y mujeres cuando de nombramientos judiciales discrecionales se trata:

"Esta Sala comparte con la recurrente la legitimidad y el sustento normativo [en todos los textos por ella invocados y reseñados en el primer fundamento] de las medidas dirigidas a lograr una presencia equilibrada de mujeres en los escalones judiciales donde hasta ahora ha existido una superior presencia de hombres, y así se ha puesto de manifiesto en el razonamiento desarrollado en el fundamento de derecho tercero.

Pero debe insistirse en que la aplicación de esas medidas es discrecional (puesto que la LOPJ no ha establecido normas que las doten de un concreto e imperativo contenido) y, además, tiene que hacerse una vez que se haya realizado el forzoso y previo juicio de profesionalidad que imponen los principios constitucionales de mérito y capacidad.

No se oponen a lo anterior las proporciones que han sido establecidas para considerar cuando se da una presencia equilibrada de mujeres y hombres en la Ley Orgánica 3/2007, pues lo han sido con el valor de desideratum o de meta a perseguir en un espacio de tiempo, pero sin imponerse su inexorable aplicación para asegurar ese resultado en el momento actual incluso a costa de prescindir del postulado constitucional del mérito y la capacidad (así lo confirma el siguiente párrafo de su artículo 16: "Los Poderes Públicos procurarán atender el principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan").

Por lo cual, la injustificada discriminación de la mujer será de declarar cuando esta haya sido postergada en iguales condiciones de profesionalidad; o cuando en el concreto proceso de nombramiento de que se trate sean de advertir datos o circunstancias que revelen un trato discriminatorio desde la perspectiva de género.

En el caso enjuiciado, ni la previa elaboración de la terna ni el nombramiento revelan datos que permitan aceptar razonablemente una sospecha de discriminación en contra de la recurrente. No la hay en la terna porque fue incluida en ella, y no la hay en el nombramiento final porque el Consejo ha motivado suficientemente que la razón del nombramiento del Sr. Ceres se basó exclusivamente en las elevadas cotas de profesionalidad que apreció en su trabajo jurisdiccional y en sus publicaciones y actividades docentes (juicio de profesionalidad que --debe insistirse-- esta Sala no puede libremente sustituir)"(FD 6º).

4.2.2.- Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

Modificación artículo 42.5 del Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales. Atribución a los Jueces de Instrucción, cuando realizan Guardias, y en funciones de sustitución, de algunas funciones que, en principio, corresponden a los de otros ordenes jurisdiccionales. No existe alteración de los criterios de distribución de competencias ni infracción del principio de reserva constitucional de ley. STS de 6 de octubre de 2009 (RC 9/2008).

"(...) De lo que resulta que por directa regulación legal corresponde al CGPJ, la organización del servicio de guardia, y que la LOPJ, permite la sustitución de jueces de un orden jurisdiccional por otra de un orden diferente, cuando se agoten las

posibilidades de sustitución entre ellos. De ahí que nada parece impedir que el CGPJ, a través del precepto reglamentario recurrido, puede atribuir a los Jueces de Instrucción, cuando realizan las Guardias, y en funciones de sustitución, algunas funciones que naturalmente y en principio corresponden a los de otros ordenes jurisdiccionales, en los casos que los jueces de este otro orden no pueden prestarlas, tal como ocurre en los casos del art. 42.5 del Reglamento recurrido, en los que se trata de actuaciones inaplazables y urgentes, solicitadas por causa justificada, en días y horas inhábiles.

Y es que el precepto en cuestión, no persigue como argumentan los demandantes, alterar las competencias legalmente fijadas para los diferentes órdenes jurisdiccionales. Y ello porque de la dicción literal del precepto reglamentario se sigue que las actuaciones que se enumeran en el mismo, siguen siendo competencia de los órganos legalmente previstos en cada caso. Únicamente ocurre que en los concretos casos que estricta y precisamente se enumeran en la norma discutida, estos órganos son sustituidos por los Juzgados de Guardia, y esto por la sencilla razón que no puede exigirse a los titulares de aquellos otros órganos judiciales, que estén disponibles todos los días y horas del año.

Corroboraba lo expuesto el hecho de que el apartado c) del art. 42.5, del Reglamento, cuando regula la adopción por el Juzgado de Guardia de las medidas cautelarisimas del art. 135 de la LJCA, dice que éste remitirá lo actuado al órgano judicial competente para la celebración de la comparecencia y ulterior resolución del expediente, lo que carecería de razón de ser si el precepto reglamentario discutido fuera una norma atributiva de competencia. Lo mismo se infiere del último párrafo de dicho precepto, cuando dice que la justificación de la necesidad de presentación ante el Juzgado de Guardia, ha de referirse a la comparecencia ante el órgano competente.

Por otro lado es de tener en cuenta que el párrafo primero del tan nombrado precepto dice que en estos casos el Juez de Guardia actúa en <<idéntico cometido de sustitución>>, con lo que se refiere a otros supuestos previstos en números anteriores del art. 42 del Reglamento, en que habla expresamente de sustitución.

En conclusión, como no se altera la competencia de los órganos judiciales, no se conculca la reserva constitucional de Ley, ni las reglas sobre competencias de los diferentes órganos judiciales que los actores citan como infringidos” (FD 5º).

4.2.3.- Criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales.

El reglamento ha sido dictado en virtud de las facultades conferidas al Consejo General del Poder Judicial en el artículo 110.2 y 438.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Conformidad a derecho de los distintos extremos impugnados. STS de 30 de mayo de 2011 (RC 206/2010).

“(…) procederemos a resolver sobre las impugnaciones formuladas por los recurrentes, no sin anunciar ya que ninguna de ellas puede prosperar, según explicaremos seguidamente.

(1º) No apreciamos en el párrafo primero del artículo 2 los motivos de nulidad que esgrime la demanda. La extensión del apoyo de los servicios comunes procesales a otras instituciones a la que se refiere, solamente se contempla en hipótesis, en su caso, dice el Reglamento y, sobre todo, siempre y cuando así lo disponga la resolución de

creación del servicio común de que se trate. Esto quiere decir que este párrafo no habilita por sí mismo tal extensión, ni fundamenta ninguna habilitación para que la disponga la resolución que cree el servicio común. Simplemente, se limita a contemplar la hipótesis de que así lo pueda hacer. Naturalmente, la plasmación real, efectiva de tal posibilidad requerirá que esa resolución de creación del servicio común, a dictar por el Ministerio de Justicia o por la Comunidad Autónoma de que se trate, cuente con habilitación legal suficiente para dar ese paso, ya sea para incluir al Ministerio Fiscal o a los Institutos de Medicina Legal entre los destinatarios del apoyo de dicho servicio común procesal, ya sea para incorporar a otras instituciones que cooperan con la Administración de Justicia.

Así entendido el precepto no infringe los apartados 1, 2, 3 y 7 del artículo 438 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

*(2º) Por lo que hace a los **párrafos segundo y tercero del artículo 2** no advertimos en ellos exceso alguno respecto del artículo 438. Por el contrario, reproducen contenidos ya recogidos en sus apartados 4 y 5 sin introducir elementos nuevos. De ahí que no apreciemos intromisión alguna en los espacios reservados a la competencia del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas.*

*(3º) El **último párrafo del artículo 3** no añade elementos nuevos, pues como indica la contestación a la demanda, solamente refiere la responsabilidad del secretario director del servicio común procesal a las funciones que le correspondan según las normas que lo regulan y al cumplimiento de las actuaciones que, en ejercicio de su competencia, le encomienden los jueces o tribunales. No parece que pueda considerarse exceso reiterar lo evidente, o sea que han de cumplirse las normas por las que se rige el funcionamiento del servicio común procesal. Tampoco procede deducir de los términos literales del Reglamento 2/2010 interpretaciones susceptibles de contrariar la Ley en lo relativo a la responsabilidad del secretario director del servicio común procesal por las actuaciones que los jueces y tribunales les encomienden, pues serán las que, tal como dice el párrafo impugnado, se correspondan con el ejercicio de sus competencias y en ello no hay infracción de los artículos 435.1 y 438.6, máxime cuando se trata de un criterio general de homogeneización de las actuaciones, por tanto desprovisto de toda virtualidad innovadora. En definitiva, la responsabilidad de la que se habla en este párrafo, tiene razón el Abogado del Estado, es la que resulte de los cometidos que corresponden al servicio común.*

*(4º) El **párrafo segundo del artículo 4** no incurre en los defectos que le imputan los recurrentes. En parte, reproduce el artículo 168.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de manera que comunicar a la Sala de Gobierno las anomalías que se produzcan en el funcionamiento del servicio común no puede reputarse contrario a la legalidad. Los recurrentes ponen el acento en el previo requerimiento y en el adjetivo ordinario que acompaña al término funcionamiento. Sin embargo, del primero no se desprenden consecuencias especiales ya que no se vincula al mismo ningún efecto salvo el de ser su realización requisito previo a la puesta en conocimiento de la Sala de Gobierno de lo sucedido. Y de lo segundo tampoco porque cuando la Ley Orgánica habla de anomalías en ese artículo 168.2 las incluye todas.*

*(5º) El **párrafo primero del artículo 5** tampoco invade competencias de otras Administraciones ya que no cabe calificar de ese modo la exigencia de que haya una aplicación de gestión informática ajustada al test de compatibilidad establecido por el*

Consejo General del Poder Judicial a la vista de lo dispuesto por los artículos 230 y 437 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Aplicación informática de la que solamente se predica su funcionalidad y compatibilidad dejando a la Administración competente todo lo demás.

*El **párrafo segundo de este artículo 5** no es contrario al artículo 8 c) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales , sino coherente con él. En efecto, éste último dispone en su párrafo cuarto:*

"El protocolo incluirá los criterios de prelación en la tramitación de los asuntos de conformidad con lo establecido en las leyes y respetando las competencias procesales de los jueces y tribunales, los documentos normalizados a emplear en cada caso en concreto, las normas de actuación necesarias para la estandarización de las tareas procesales, las normas de actuación y comunicación entre las distintas unidades de la Oficina judicial cuando ambas deban intervenir en la tramitación del procedimiento, las medidas concretas necesarias para verificar el control de calidad del trabajo procesal de las Oficinas judiciales, así como la integración de las instrucciones recibidas de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia para garantizar la efectividad de las funciones de éstas en materia de organización y gestión de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia y todos aquellos otros datos que el redactor del protocolo crea convenientes para la más eficiente tramitación de los procedimientos judiciales".

Pedir que los protocolos que han de dictar los secretarios establezcan normas que garanticen el correcto tránsito telemático entre las distintas oficinas judiciales respeta plenamente este precepto y no infringe el artículo 438 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Especialmente, si se considera que el párrafo segundo del este artículo 8 c) dice:

"El protocolo aplicará los criterios generales aprobados, en su caso, por el Consejo General del Poder Judicial para homogeneizar las actuaciones de los Servicios Comunes Procesales de la misma clase en todo el territorio nacional. En todo caso, los protocolos se adaptarán al diseño y organización del Servicio Común establecido por la Administración Pública competente, así como a las funciones asignadas a cada uno de los puestos en las relaciones de puestos de trabajo. Corresponde al Secretario Judicial responsable de cada servicio velar por el cumplimiento del contenido del protocolo e inspeccionar la actividad cotidiana del personal de la Oficina".

Es decir, establece un reenvío a los criterios generales fijados por el Consejo General del Poder Judicial.

*En fin, el **párrafo cuarto del artículo 5** no hace más que sentar un criterio, expresión del sentido común, para el supuesto de que en la oficina judicial de que se trate no se disponga de medios telemáticos.*

*(6º) El **párrafo segundo del apartado 1 del artículo 6** no puede ser contrario a Derecho por establecer el criterio general de que los protocolos que dicten los secretarios tengan que contemplar las instrucciones de las Juntas de Jueces a las que se refiere el artículo 170 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Desde luego no lo es a sus artículos 110.2 y 438.7 pues si el servicio común es un órgano de apoyo a los*

órganos judiciales deberá tener presentes las pautas que, conforme a las leyes establezcan para unificar criterios y prácticas.

(7º) El **apartado 7 de este mismo artículo 6** es un criterio general perfectamente acomodado al artículo 438.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y congruente con el artículo 8 c) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales del que, como dice la contestación a la demanda, puede considerarse una especificación. Todo ello sin olvidar que sienta un criterio de absoluta racionalidad o, si se prefiere, de sentido común.

(8º) El **apartado 8 del artículo 6**, en tanto se refiere al apoyo que el secretario director del servicio común ha de dar a los presidentes y decanos no contradice los artículos 435.1, 436, 437, 438.1, 2, 3 y 7 y 439 de la Ley Orgánica del Poder Judicial porque, ese apoyo que contempla aquí el Reglamento 2/2010 se circunscribe a las funciones procesales que puedan corresponderles. Y no es ilegal que quien dirige una unidad de apoyo procesal, como lo es el servicio común, asista al presidente o al decano que deban ejercer esas funciones procesales por imponerlo así las leyes.

(9º) El **artículo 8.3** no es contrario a los artículos 110.2 y 438.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tampoco contradice su artículo 167.1. Es verdad que el primer precepto autoriza, en su apartado p), al Consejo General del Poder Judicial a dictar reglamentos en materia de cooperación jurisdiccional, con lo que no está fuera del ámbito en que puede dictarlos. Por otra parte, ha de observarse que el criterio general homogeneizador dispuesto por este precepto es bien sencillo: consiste en que el reparto se haga según las normas dictadas al efecto por el Consejo General del Poder Judicial y en virtud de ellas se remitan las comisiones rogatorias al órgano judicial o al servicio común competente para practicar la diligencia de que se trate. No parece que estas previsiones tengan la virtualidad ilegal que se les atribuye por los actores y, desde luego, no se advierte que infrinjan los preceptos invocados, sino que, son, efectivamente criterios de los que el artículo 438.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza al Consejo a fijar.

(10º) Otro tanto debemos decir del **artículo 8.5 del Reglamento 2/2010**. Es muy razonable que el protocolo considere las medidas que, conforme al artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, adopten los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, de las Audiencias Provinciales o los decanos. Por lo demás, no indican los recurrentes en qué consistiría el exceso que le atribuyen porque no puede ser tal la recepción de pautas o reglas ya sentadas por otros preceptos.

(11º) El **apartado 2, párrafo segundo del artículo 9** nos parece que responde al sentido de los criterios generales contemplados por el artículo 438.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. O sea, no menoscaba las atribuciones del secretario coordinador provincial que prevé el artículo 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales desde el momento en que se refiere a pautas elementales en la comunicación entre el servicio común y los órganos ordenantes.

(12º) A la misma conclusión se llega respecto del **artículo 10.1 del Reglamento 2/2010**. Dificilmente cabe entender que vulneran los artículos 438.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales unos criterios tan elementales que son consustanciales a la relación entre órganos judiciales y servicios comunes procesales.

(13º) Lo mismo debe decirse del **artículo 10.10** . No hay invasión de competencias de otras Administraciones en este criterio que salva las que les corresponden tanto a ellas como a los secretarios que dirigen los servicios comunes y hace valer los principios recogidos por el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

(14º) Y también se llega a la misma conclusión respecto del **artículo 13.5** . Ni hay exceso ni invasión de competencias de Administraciones ni del secretario coordinador. Dicho de otro modo, no se infringe el artículo 438.3 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni el 8 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. Solamente se sienta un criterio, nuevamente, elemental para homogeneizar las actuaciones procesales.

(15º) Finalmente, el **párrafo primero del apartado 3 del artículo 15** tampoco comporta las infracciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales que afirman los recurrentes. Fijar la pauta, a propósito de la cooperación judicial internacional, de que, en casos urgentes en los que haya intervenido el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, cuando haya razones que lo justifiquen, dicho Servicio pueda solicitar del servicio común que se proceda a su reparto de manera urgente y que tal solicitud comporte el que así deba hacerse y que deba comunicarse a dicho Servicio a qué órgano le ha correspondido la ejecución entra dentro del ámbito de decisión que la Ley Orgánica del Poder Judicial ha atribuido al Consejo General del Poder Judicial al apoderarle para dictar normas reglamentarias en materia de cooperación jurisdiccional [artículo 110.2 p)] y de normas de reparto [apartado ñ) de ese mismo artículo]” (FD 3º).

4.2.4.- Indemnización en concepto de asistencia por participación en tribunales de oposiciones.

Legalidad del Reglamento. Complemento indispensable de la regulación contenida en la LOPJ. STS de 6 de octubre de 2009 (RC 48/2008).

“(…) Pero no comparte este Tribunal tal argumentación, pues la simple lógica conduce a sostener que los tribunales de selección, son una pieza esencial al sistema de acceso y promoción a la Carrera Judicial y Fiscal, lo que lleva a inferir que las indemnizaciones que perciben los integrantes de esos Tribunales por su asistencia a los mismos, son consustanciales e imprescindibles para el funcionamiento de los mismos, dado que es claro que si tales compensaciones económicas no existieran o fueran insuficientes, por desproporcionadamente bajas en consideración a la responsabilidad que el desempeño de la selección conlleva, o al trabajo que supone, normalmente sin relevación del cotidiano propio de la función judicial que en su caso se viene desempeñando, o a la cualificación técnica que exige la variedad de materias a considerar, no existiría motivación bastante para que se aceptara voluntariamente su desempeño, o para efectuarlo con la intensidad exigible. Y no se diga que tampoco roza la independencia judicial, ni la garantiza, pues aparte de que en sí misma, en cuanto manifestación de autonomía en el uso del patrimonio propio del CGPJ, Organo Constitucional encargado del Gobierno del Poder Judicial, sobre el que materialmente recae su pago, sirven para resaltar la importancia que tienen los cargos que se tratan de cubrir, en cuanto a su relevancia social, frente a los demás poderes públicos.

Lo que conecta la habilitación con las potestades reglamentarias que se concede al CGPJ, en el citado art. 110.2 párrafo 1 y 2 y apartado a) de la LOPJ, sobre todo si se interpreta en su sentido amplio a que alude la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986.

A lo anterior no obsta el que el Reglamento de la Carrera Judicial 1/1995 no regule el tema ahora discutido, pues su directa finalidad es la regulación de la Carrera Judicial, y no sus aspectos económicos y retributivos. Tampoco es decisivo aludir a que en la LOPJ, no se contiene una específica regulación de este tema, de las indemnizaciones por asistencia a Tribunales de acceso y promoción a la Carrera Judicial y Fiscal, pues se trata de una cuestión secundaria, cuya lógica competencia normativa ha de ser la propia de la colaboración reglamentaria, por la vía auxiliar y complementaria propia de normas con el Reglamento 1/2008 que ahora se discute. Referencia ésta, a la habilitación derivada del tan citado art. 110.2 p 1 y 2 y apartado a) de la LOPJ y de los principios que se extraen del conjunto de potestades que se confiere al CGPJ, en materia de ingreso y promoción a la Carrera Judicial y Fiscal, que llena la exigencia de intervención legal, a que alude el art. 403.6 de la LOPJ, si es que se atribuye a tales indemnizaciones carácter retributivo, lo que es discutible, dada ante todo la calidad no funcionarial de alguno de los vocales componentes del Tribunal calificador.

No comparte este Alto Tribunal las consideraciones que en favor de sus tesis sostiene la representación estatal, apoyados en la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Retribuciones de la Carrera Judicial y Fiscal 15/2003, cuando dice que: <<Los Jueces, Magistrados y Fiscales, sin perjuicio de su órgano jurídico singular, tendrán derecho a percibir las indemnizaciones que se establecen para el personal al servicio de la Administración del estado cuyo objeto sea resarcirles de los gastos que se ven precisados realizar por razón del servicio o los traslados de destinos>>. Y ello porque lo contrario se infiere de la estricta literalidad del precepto que habla de gastos por razón de servicio y no de indemnización por razón de asistencia a los Tribunales seleccionadores, que es solo una especificidad, que si acaso hubiera exigido una mayor concreción y detalle. Y que incluso si se pone en relación con el R.D. 462/2002, de 24 de Mayo regulador de las indemnizaciones por razón de servicio, dirigido con carácter general al personal que presta servicio al Estado incluso, art. 1º.1.d) de los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, tampoco se encuentran argumentos concluyentes contra la validez del Reglamento 1/2008, ahora recurrido, pues puede encontrarse razón, que avale su compatibilidad con las normas reglamentarias ahora contrastadas, que vendrían a actuar por vía de complementación. El Reglamento del CGPJ, como regulación de las asistencias a los Tribunales seleccionados, tomada la expresión asistencia en su específico sentido de participación examinadora o valorativa y el RD 462/2002, para los demás gastos originados por razón de la presencia en los órganos examinadores (sentido que viene a inferirse de lo que se dice en el nº 4 del art. 3º del Reglamento recurrido, y de la expresión o referencia a lo que se preve en su legislación específica, que se contiene en el citado art. 1º.1.d) del RD 462/2002, sobre ámbito subjetivo de aplicación de esta norma. Y visto que como bien dice la representación del CGPJ, en la contestación a la demanda las previsiones que se contienen en una disposición general de rango reglamentario, cual es el RD. 462/2002, en ningún caso podrían prevalecer sobre las que se deduzcan de una norma superior, como el art. 110.2, en relación con el 301 a 315 de la LOPJ

[...]

En conclusión, la legalidad del reglamento descansa en que la regulación que establece, no es otra cosa que una compensación que el CGPJ, hace con cargo a su propio presupuesto, en favor de quienes pasan a realizar funciones examinadoras y de valoración en los tribunales de acceso y promoción a la Carrera Judicial y Fiscal, cuya regulación compete al CGPJ, por vía reglamentaria, como complemento indispensable a la regulación que se establece en los arts. 301 a 315 de la LOPJ, en relación con la Disposición Adicional 2ª de la Ley 15/2003, en una interpretación amplia del art. 110.2.p 1 y 2 y apartado a) de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial” (FD 2º).

4.2.5.- Honores, tratamiento y protocolo de los actos judiciales.

La organización de los actos del CGPJ no está comprendida en la LOFAGE. Inexistencia del deber de dar trámite de audiencia al Consejo General de la Abogacía. Reglamento organizativo que afecta directamente a los miembros de los órganos de gobierno del Poder Judicial. No resulta obligatoria la presencia de la parte recurrente en los actos judiciales solemnes. STS de 24 de marzo de 2009 (RC 8/2006).

“(…) Ha de descartarse que se produzca, como pretenden los recurrentes, la vulneración de lo dispuesto en el artículo 24.c) de la ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, antes transcrito, y ello, porque según su artículo 1, su ámbito de aplicación se limita a regular la organización y el funcionamiento de la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad. Es evidente que el Poder Judicial, y la organización de sus actos no puede entenderse comprendida dentro del ámbito de ésta ley, sin perjuicio de que existan normas que exijan la audiencia de las personas afectadas por los Reglamentos dictados por el Consejo General del Poder Judicial.

TERCERO.- *Tampoco puede admitirse la tesis de los recurrentes que considera que el Reglamento impugnado vulnera lo dispuesto en los artículos 1º.1, y 2º.2, de la ley 2/74 de Colegios Profesionales, antes transcritos, por cuanto es evidente, en cuanto al apartado 1 del artículo 1º, que la atribución como fines a los Colegios Profesionales de la ordenación del ejercicio de las profesiones, representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales, en modo alguno supone necesariamente que deba dárseles la audiencia preceptiva que solicitan en la elaboración del Reglamento que ordena los actos judiciales. Y, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 2.2 de dicha Ley, no nos encontramos ante una norma que se refiera a las condiciones generales del ejercicio de la función de la Abogacía, sino que, como luego veremos, sólo tangencialmente se refiere a los Abogados que asistan a actos judiciales.*

CUARTO.- *Queda el análisis de la posible vulneración del artículo 105 a) de la Constitución Española, y del artículo 110.3 de la ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en cuanto establecen la necesaria audiencia de los colectivos afectados en la elaboración de las disposiciones reglamentarias. La cuestión, es si los recurrentes están afectados por el Reglamento impugnado. Como pone de relieve la Exposición de Motivos del Reglamento impugnado, el objeto del mismo es regular la organización del protocolo en los actos del propio Consejo y de los órganos de gobierno del Poder Judicial, y ello, como pone de relieve el artículo 1 de dicho Reglamento, en relación con los actos*

judiciales solemnes, excluyendo los jurisdiccionales, como claramente se desprende de lo dispuesto en el artículo 2 de esta norma impugnada.

Pues bien, podemos concluir que nos encontramos ante un reglamento organizativo, dirigido precisamente a la ordenación del protocolo de los actos judiciales solemnes de los órganos de gobierno del Poder Judicial. En consecuencia, afecta directamente a los miembros de dicho poder, que necesariamente han de asistir a los mismos, disponiendo la Presidencia y orden en que deben celebrarse. Por ello, es razonable que la audiencia previa se haya limitado a quienes necesariamente están obligados a asistir a dichos actos, bien porque forman parte del órgano judicial en cuyo ámbito se celebra, bien porque hayan de respetarse otras normas, como los artículos 30 y 33 del Estatuto del Ministerio Fiscal que prevén que el Fiscal General del Estado en este tipo de actos se situará en el lugar Inmediato siguiente al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, bien, en el caso de las Comunidades Autónomas con transferencias en materia de Justicia, por esta circunstancia, y por estar previsto expresamente en el Reglamento el lugar que debe ocupar el Presidente de la Comunidad Autónoma. Es cierto que dicha audiencia podría haberse extendido a los recurrentes, en cuanto representantes de los Abogados, que garantizan el derecho de defensa de los ciudadanos y, en consecuencia son un elemento esencial de la Administración de Justicia e, igualmente, a otros representantes del personal colaborador en la misma, como puedan ser los Médicos Forenses, Procuradores, Graduados Sociales o Policía Judicial.

Sin embargo, el principio que rige en materia de protocolo es el de autonomía de cada institución a la hora de determinar el orden de prelación de quienes participan en sus actos, hasta tal punto que el Reglamento en su artículo 2 expresamente dispone que este Reglamento y el orden de precedencia que establece no es de aplicación a los actos no judiciales a los que concurran los miembros de los órganos de gobierno del Poder Judicial, o en general, jueces y magistrados y que se regulen por normas de protocolo de la Administración Pública que organice el acto. En consecuencia, en materia de protocolo, las normas tienen un alcance limitado al ámbito de la institución que lo regula, sin que pueda pretenderse que cada uno de ellos, haya de ser respetado por los demás.

Por ello, y al no ser obligatoria la presencia de los recurrentes en los actos judiciales solemnes, aunque esté previsto el orden de su precedencia en el artículo 15 del Reglamento impugnado, la audiencia previa en relación con los mismos, por los motivos ya indicados no era preceptiva, y en consecuencia no puede considerarse su falta como un vicio invalidante del reglamento impugnado” (FD 2º, 3º y 4º).

4.2.6.- Reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

Alcance de la potestad reglamentaria del CGPJ. No se puede sostener la existencia de una potestad reglamentaria “ad extra” de su ámbito institucional que pueda extenderse a la regulación de actuaciones de sujetos ajenos a ese ámbito institucional. Falta de competencia del CGPJ para dictar el Reglamento referido. STS, Pleno, de 28 de octubre de 2011 (RC 42/2011).

“(…) Puesto que ambas partes, como ya se ha dicho, invocan a favor de su opuestas tesis las sentencias de reiterada cita, 108/1986 del Tribunal Constitucional y las de este Tribunal de 7 de febrero y de 13 de septiembre de 2000, es conveniente que nos

detengamos en su análisis, con el propósito de extraer de su doctrina, en lo posible, criterios válidos para la decisión del actual recurso.

En el caso de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, en el contenido atinente a la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial (Fundamento Jurídicos 23 a 27), se impugnaba por los recurrentes la disposición adicional primera de la L.O.P.J., que en su redacción primigenia confería al Gobierno el cometido de la aprobación de los reglamentos de desarrollo de la misma. La impugnación era por violación, tanto del Art. 122.1, como del Art. 97 de la Constitución.

La impugnación se refería al estatuto judicial, cuestión muy diferente de la que aquí se suscita, y es en ese contexto, en el que se utilizan los conceptos de localización espacial de “ad intra” y “ad extra”, referidos, respectivamente, al ámbito del propio Consejo y al de los Jueces y Magistrados, respecto de los que el Consejo es constitucionalmente su órgano de gobierno, aunque no forman parte de su estructura. No se planteaba, pues, como acaece en el caso actual, una cuestión de posible extensión de la potestad reglamentaria “ad extra” respecto de actividades situadas fuera del propio ámbito institucional del Poder Judicial. No cabe, pues, extraer de esa Sentencia, como intenta el Abogado del Estado, al sustentar su argumentación en ella, una posible fundamentación de una potestad reglamentaria del Consejo en ese diferente ámbito “ad extra”.

[...]

La proclamada amplitud de la concepción de la potestad reglamentaria del CGPJ, según esa sentencia, tiene, pues, que ver en ella exclusivamente con el status de los Jueces; o en otros términos, para utilizar la cuestionada fórmula de localización, “ad intra” del propio Poder Judicial, no “ad extra” del mismo.

Es claramente como efecto de esa Sentencia, como la LO 16/1994 adiciona al inicial Art. 110 el apartado 2, sobre el que más adelante volveremos.

Por su parte la Sentencia de 7 de febrero de 2000, dictada en el Recurso contencioso-administrativo nº 526/1997, decide la impugnación del Reglamento 1/1997 del Centro de Documentación Judicial, del acuerdo del Pleno del CGPJ de 18 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, y el acuerdo del Pleno del CGPJ de 18 de junio de 1997, que aprueba la Instrucción sobre remisión de las resoluciones judiciales al CGPJ para su recopilación y tratamiento por el Centro de Documentación Judicial.

También en esa sentencia lo cuestionado es algo que se refiere a órganos internos del ámbito del Poder Judicial, a la constitución de un órgano técnico del propio CGPJ y a actuaciones de los Jueces.

Aunque, ciertamente, esas regulaciones produzcan efectos fuera de ese ámbito estricto, una cosa es que los efectos de una regulación, que se refiere a estructuras y a actuaciones de órganos del Poder Judicial, pueda producir efectos respecto a sujetos ajenos a ese ámbito, y otra muy distinta que el objeto directo de la regulación sean precisamente relaciones jurídicas de terceros con el CGPJ o actuaciones de esos terceros situados fuera del ámbito institucional del Poder Judicial.

[...]

No puede, pues, extraerse de esa Sentencia de 7 de febrero de 2000 nada que pueda aducirse como aval de este Tribunal a regulaciones reglamentarias del CGPJ situadas fuera del ámbito institucional del Poder Judicial, como el Abogado del Estado pretende. Y lo mismo puede decirse en cuanto a la cuestión planteada y decidida en la Sentencia de 13 de septiembre que es parcialmente coincidente con la de la anterior sentencia.

NOVENO.- *Y por lo que hace a la evolución normativa expresada en las sucesivas modificaciones de los arts. 110 y 107 de la LOPJ, respectivamente, por las LLOO16/1994 y 19/2003, si se examinan en rigor los preceptos modificados, tampoco de ellos puede extraerse lo que consideramos un salto cualitativo, desde una potestad reguladora referida a supuestos y actuaciones situadas dentro del ámbito institucional del poder judicial, a una extensión de esa potestad fuera de ese ámbito institucional y referida a sujetos ajenos al mismo, que es lo que el Abogado del Estado, aunque no emplee la fórmula expresiva que acabamos de utilizar, trata de justificar en su tesis.*

En efecto, el apartado 2 del Art. 110 de la L.O.P.J., adicionado por la LO 16/1994, viene a extraer las consecuencias de la doctrina proclamada en la STC 108/1986, llevándolas al plano normativo, como se proclama en el apartado X de su Exposición de Motivos, cuya sentencia, según explicamos antes, se refería a la discutida potestad reglamentaria del CGPJ en el ámbito del estatuto judicial, y es precisamente la habilitación en ese ámbito, la que delimita en su párrafo segundo el apartado 2 añadido del Art. 110.

Si alguna duda, en la línea de amplitud que sostiene la tesis del Abogado del Estado, pudiese suscitar el inciso final del párrafo primero de ese apartado, cuando dice “podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar”, tal duda desaparece de inmediato, advirtiendo que esa amplia habilitación opera en un ámbito previamente acotado por el propio precepto, que en su inciso primero lo concreta, cuando dice “en el ámbito de su competencia y con subordinación a las leyes”.

El “ámbito de su competencia” es el prius lógico de la atribución de potestad reglamentaria “para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar”; por lo que en modo alguno puede aceptarse, como interpretación adecuada del precepto, una según la cual el mismo atribuye, sin más, al CGPJ la posibilidad de dictar reglamentos de desarrollo de la L.O.P.J. para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar. La referencia al “ámbito de sus competencias”, como delimitación previa de la que a continuación establece, es, pues, clave inexcusable para la fijación del sentido normativo y alcance del Art. 110.2 LOPJ. Y al propio tiempo el fundamento constitucional del papel del CGPJ, como órgano constitucional, creado para garantizar la independencia judicial, (al que alude el Fundamento Segundo de la demanda, alegación que antes hemos manifestado aceptar), es criterio de interpretación obligado para la delimitación de lo que pueda considerarse el ámbito de la competencia del CGPJ.

No puede olvidarse, en cuanto elemento de interpretación auténtica del sentido de la reforma del Art. 110. de la L.O.P.J, lo que se dice en el precitado apartado X de la Exposición de Motivos. En ella queda claro que la reforma supone una

profundización en las materias incluíbles en el ámbito institucional del poder judicial; pero no una atribución de competencias fuera de ese ámbito, afirmando incluso al carácter excepcional de la potestad reglamentaria del CGPJ respecto de la del Gobierno.

[...]

El sentido limitativo expresado en el texto transcrito en los pasajes subrayados cierra el paso a una interpretación del Art. 110.2 de la LOPJ conducente a una concepción de la potestad reglamentaria del CGPJ de la amplitud que sostiene el Abogado del Estado en el Fundamento de Derecho 1º de su contestación.

En cuanto a la modificación del Art. 107.10 por la LO 19/2003, tampoco puede verse en ella una ampliación de la potestad reglamentaria del CGPJ en línea apertura a nuevos espacios “ad extra” del ámbito propio del Poder Judicial, o de ámbitos de la realidad que no estuviesen antes de la reforma en ese ámbito. Más bien de lo que se trata, es de una especificación de competencias que antes habrían dado lugar a cuestionamientos ante esta Jurisdicción Contenciosa, respecto de las que se pronunciaron las Sentencias de 7 de febrero y 13 de septiembre de 2000. Lo único que se hace en dicha reforma, en realidad, es profundizar, precisándola, en una competencia ya atribuida al CGPJ desde antes en la versión primigenia de la L.O.P.J., acomodándola a las exigencias y posibilidades del avance tecnológico producido desde su redacción: la de publicación oficial de sentencias, ampliándola, de la “publicación oficial de la colección de jurisprudencia del Tribunal Supremo” (Art. 107.10 de la LOPJ en su versión inicial), a la de las sentencias y otras resoluciones, no solo del Tribunal Supremo, sino de otros órganos judiciales, y a la instrumentación de medios para hacerlo posible. Pero en todo caso la materia regulada en él tiene que ver con actuaciones inequívocamente referidas a sujetos incluidos dentro del ámbito institucional del Poder Judicial. En nada puede asentarse en ese precepto (si bien sobre ello deberemos insistir después), la consagración de una potestad nueva para regular por vía reglamentaria actuaciones de sujetos ajenos a ese ámbito institucional.

Conviene destacar que, cuando el precepto referido en su párrafo segundo establece la potestad reglamentaria que en él se regula, con cita, entre otros objetivos de la misma, de la difusión de las sentencias y resoluciones, el concepto de difusión no se utiliza de modo aislado, como una materia independiente de “la publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo del resto de los órganos judiciales” (párrafo primero), y a añadir a ésta, sino que en la economía total del precepto la difusión se ordena como instrumento (“a tal efecto”, dice el párrafo segundo) para la publicación oficial, que es el centro de gravedad normativo del nº 10 del Art. 107.

En conclusión, y para cerrar ya este capítulo argumental de rechazo a la tesis del Abogado del Estado, expuesta en el fundamento de derecho primero de su contestación: ni las sentencias citadas por él, que hemos analizado, ni la evolución normativa de reformas de los Art. 110 y 107.10 de L.O.P.J. permiten sostener una potestad reglamentaria del CGPJ “ad extra” de su ámbito institucional, que pueda extenderse a la regulación de actuaciones de sujetos ajenos a ese ámbito institucional.

DECIMO.- *Abordando ya el análisis de si el CGPJ ostenta potestad reglamentaria para dictar el Reglamento aquí impugnado, a estas alturas del discurso,*

en realidad, tanto las consideraciones precedentes sobre lo que sea la reutilización, como las de índole general sobre los límites de la potestad reglamentaria del CGPJ, podríamos decir que dejan decidido el debate, en el sentido de que no ostenta esa potestad, como sostiene la parte demandante; pero es necesario no obstante, agotar el estudio, examinando más en concreto, tanto las alegaciones contrapuestas de las partes, contenidas respectivamente, en los fundamentos tercero de demanda y segundo de contestación, como las concretas habilitaciones contenidas, a favor del Gobierno en la Disposición Final Segunda de la Ley 37/1007, como a favor del CGPJ en el Art. 107.10 de la L.O.P.J., así como el alcance de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 37/2007 y el contenido del propio Reglamento en especial su autoproclamación como desarrollo del Art. 107.10 LOPJ.

[...]

Pues bien, para aceptar que el Reglamento que nos ocupa pueda ser desarrollo, como se indica en su artículo 1 y en su Preámbulo, del Art. 107.10 L.O.P.J., (y creemos que de ello parte la tesis del demandado), aunque la materia objeto de su regulación en él no se menciona de modo explícito en la norma a desarrollar, sí debe poder ser incluida en la genérica previsión de la misma. Si no es así, en vez de desarrollo de la ley por la norma reglamentaria, lo que hay es adición al supuesto de la Ley por vía reglamentaria de un nuevo supuesto no incluíble en ella. No se trataría por tanto de desarrollo normativo, sino de innovación.

Es claro que la tesis del Abogado del Estado parte de esta misma concepción teórica, cuando afirma que la reutilización no es sino una modalidad de la difusión de sentencias y resoluciones judiciales, referida en el Art. 107.10 L.O.P.J., y para cuya regulación reglamentaria se habilita al CGPJ en dicho precepto.

Pero tal inclusión previa de la reutilización en la potestad de difusión de sentencias y resoluciones judiciales no la consideramos convincente, si se advierte, como señalamos en momento anterior, que precisamente el Art. 2.3.b) del Reglamento excluye del concepto de reutilización “la publicación oficial que realice el Consejo General del Poder Judicial de las sentencias y otras resoluciones judiciales para cumplir con los fines básicos de difusión de la jurisprudencia, lo que podrá efectuarse mediante un buscador accesible en línea puesto a disposición de todos los ciudadanos”. Si esa actividad de difusión, que es la que se refiere al Art. 107.10, párrafo segundo de la L.O.P.J., no es reutilización, es lógico concluir que la actividad de reutilización es algo diferente. Y si ello es así, mal puede pretenderse en buena lógica jurídica que pueda considerarse desarrollo de la regulación legal de una actividad (la de difusión) una regulación reglamentaria (la reutilización) que se refiere a una actividad distinta. Entre la actividad de difusión por parte del CGPJ (párrafo 2º del Art. 107.10 LOPJ), instrumento según dijimos en otro lugar anterior, para la realización de la publicación oficial (párrafo 1º del Art. 107.10 L.O.P.J.), y la reutilización de las sentencias y resoluciones judiciales por tercero, según la definición coincidente de esa nueva categoría jurídica el Reglamento impugnado, en la Ley 37/2007 y en la Directiva 2008/98 CE, existe una diferencia cualitativa, tanto por el sujeto de cada una de las actividades, como ya razonamos en un momento anterior, como del respectivo fin, lo que son elementos determinantes para establecer la identidad de cada actividad. Una actividad realizada por sujetos distintos y con fines distintos de la que se regula en el

Art. 107.10 L.O.P.J. en modo alguno puede considerarse incluida de modo genérico en la actividad regulada en ese precepto.

No es aceptable así que la regulación reglamentaria de la reutilización pueda ser desarrollo de la regulación legal de la difusión de sentencias, ni por tanto lo es que el Art. 107.10 párrafo 2º de la L.O.P.J. habilite al CGPJ para dictar el Reglamento que aquí se impugna.

Si se parte de que la actividad regulada en el Reglamento y la regulada en la Directiva y en la Ley citadas son conceptualmente idénticas, se puede afirmar sin vacilación que de lo que el Reglamento es desarrollo normativo es de la Ley 37/2007, aunque se oculte con la remisión a otro título habilitante. Así lo proclamaba el borrador inicial del mismo, remitido por el Centro de Documentación Judicial a la Comisión de Estudios e Informes, con pleno ajuste en tal sentido a la realidad de las cosas. En el trámite ulterior de la elaboración del Reglamento, en el texto sometido a aprobación de la Comisión de Estudios e Informes, la previsión del borrador inicial en el punto que nos ocupa se modifica, apareciendo ya como título habilitante el del Art. 107.10 L.O.P.J., que continúa en el aprobado por dicha Comisión en la sesión de 10 de junio de 2010, según consta en el acta de la misma de esa fecha, sin que aparezca en ese acta explicación alguna del cambio operado, cuando sin embargo sí se alude a otras modificaciones. No deja de causar extrañeza tal cambio por su trascendencia jurídica. A partir de ese momento se insiste ya en los trámites sucesivos de la elaboración en la habilitación que consta en el texto.

No aceptando, como hemos dejado razonado, que el Reglamento impugnado sea desarrollo del Art. 107.10 de la L.O.P.J., y afirmando, por el contrario que lo es de la Ley 37/2007, nos encontramos con que mientras que en la Disposición Final Segunda de esta se habilita al Gobierno para su desarrollo reglamentario, no existe en ella una paralela habilitación al CGPJ para tal desarrollo respecto de la reutilización de las sentencias y demás resoluciones judiciales.

El Abogado del Estado, como antes se indicó, señala como norma habilitante al respecto de la Disposición adicional segunda nº 2 de la Ley, tesis que no nos resulta aceptable.

Dice así la Disposición citada:

«Las previsiones contenidas en la presente Ley serán de aplicación a las sentencias y resoluciones judiciales, sin perjuicio de lo previsto en el Art. 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial y su desarrollo específico».

Un análisis riguroso del precepto obliga a diferenciar lo que es referencia objetiva a “las sentencias y resoluciones judiciales” (respecto de los que la Disposición Adicional establece la aplicabilidad de la Ley; esto es, el régimen de la reutilización regulado en la misma); y lo que es salvedad de las competencias del CGPJ reguladas en el Art. 107.10 de la L.O.P.J. y su desarrollo específico.

Consideramos que el precepto que extiende la regulación de la ley a las sentencias y resoluciones judiciales, lo único que añade es que, ello no obstante, el CGPJ seguirá pudiendo ejercer la competencia que respecto a ellas le atribuye el Art.

107.10 L.O.P.J.: esa competencia, no otra: la de regular la reutilización de esas sentencias y resoluciones judiciales.

La cuestión consiste en identificar que es lo que se salvaguarda en la Disposición Adicional referida. Entre la salvaguarda contenida en ella de la concreta potestad reglamentaria regulada en el art. 107.10 L.O.P.J., y la habilitación reglamentaria para la regulación de la reutilización, apreciamos que existe un salto lógico, si se advierte, como ya se razonó, que la actividad a regular en una y otra potestad reglamentaria en contraste es diferente, en razón de sus respectivos sujetos y finalidades, en cuanto elementos determinantes de su identidad.

No es fácilmente explicable que, si el legislador hubiese querido conferir una habilitación al CGPJ (consideración subjetiva) para el desarrollo de la Ley en relación con las sentencias y resoluciones judiciales, no hubiese utilizado la misma fórmula expresiva de la Disposición Final Segunda, mutatis mutandis.

Por ello estimamos que es una distorsión forzada del sentido de la citada Disposición adicional el convertir la expresión de respeto de una competencia del CGPJ contenida en el Art. 107.10 L.O.P.J., en norma de atribución de una competencia sobre la nueva materia de reutilización.

Hemos de concluir por tanto que el Acuerdo del CGPJ por el que se aprueba el Reglamento impugnado, y en consecuencia éste, incurren en el vicio de nulidad de pleno derecho del Art. 62.1.b) de la Ley 30/1992, debiendo por tanto ser estimada la demanda y declarada su nulidad, sin necesidad, como ya anunciamos en su momento, de entrar a analizar otros motivos de nulidad alegados ni de análisis individualizado de concretos preceptos” (FD 8º, 9º y 10º).

4.3.- ACUERDOS GUBERNATIVOS.

4.3.1.- Control de legalidad.

Revisión por el CGPJ de los actos adoptados por las Salas de Gobierno. Recurso de alzada ante el Pleno y recurso de revisión conforme dispone la Ley 30/1992. Control de legalidad conforme dispone la Ley 30/1992. STS de 8 de noviembre de 2010 (RC 127/2009).

“(…) La cuestión a resolver en el presente recurso es determinar cómo se hace este control de legalidad de los Acuerdos de la Salas de Gobierno por el Consejo General del Poder Judicial. El art. 14.1 del precitado Reglamento 1/2000 de órgano de Gobierno de los Tribunales establece que: "Contra los actos de las Salas de Gobierno, constituidas en Pleno o en Comisión, podrá interponerse recurso de alzada ante el Pleno del Consejo del Poder Judicial y, en su caso, recurso de revisión en los plazos, formas y por los motivos que establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Procedimiento Administrativo Común, siempre que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 de la misma Ley, lo permita la naturaleza de dichos actos. Igualmente podrá procederse a su revisión de oficio por el Pleno del Consejo General de acuerdo con los artículos 102 y siguientes de la misma Ley, en los supuestos previstos en las mismas normas y con los trámites establecidos en ellas".

Compartimos en consecuencia el criterio de los recurrentes en cuanto sostienen que el control de legalidad de los Acuerdos de las Salas de Gobierno por el Consejo General del Poder Judicial, que se prevé en el art. 12.5 de Reglamento 1/2000, solamente puede llevarse a cabo, según el transcrito art. 14.1 del citado Reglamento 1/2000, mediante los cauces allí previstos y los establecidos en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.

Es significativa, como destacan los recurrentes que la ausencia total y absoluta de procedimiento legalmente establecido se alegó en el Recurso de Alzada, formulado mediante escrito de 9 de mayo de 2008, sin que en la Resolución adoptada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 23 de diciembre de 2008 se justificase la desestimación de tal alegación.

Por todo ello, no habiéndose recurrido el Acuerdo adoptado el 2 de abril de 2008 por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Aragón debió seguirse un procedimiento de revisión de oficio, bien declarándose la nulidad por la mayoría absoluta del pleno del CGPJ (art. 142 LOPJ; art. 102 LRJAP y PAC y art. 14.1 Reglamento 1/2000) o bien declarándolo lesivo el Pleno de CGPJ (art. 103 LRJAP y PCA) dada la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 LRJAP y PAC, establecida en los arts. 158.2 y 142.1 de la LOPJ, compartimos con los recurrentes que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, por lo que se ha incurrido en nulidad de pleno derecho al amparo del art. 62.1.e de la LRJAP y PAC” (FD 3º).

4.3.2.- Competencias del Juez Decano.

4.3.2.1.- Seguimiento periódico de acuerdos alcanzados por las Juntas Generales.

Encomienda a Decanos del seguimiento periódico del compromiso alcanzado por las Juntas Generales de Jueces de determinados partidos judiciales de no exceder de los módulos ni sobrepasar las horas de audiencia. El Acuerdo alcanzado no es conforme a la legalidad. Los cometidos asignados no forman parte de la competencia de los Jueces Decanos. La invocada incompetencia de la Sala de Gobierno del TSJ para anular el acuerdo resulta irrelevante toda vez que el órgano jerárquicamente competente se pronunció sobre la cuestión, confirmando la anulación. Doctrina jurisprudencial sobre el vicio de competencia vertical o jerárquica. STS de 31 de octubre de 2011 (RC 221/2011).

“(…) El recurso debe ser desestimado.

Invirtiendo el orden en que se han planteado las distintas cuestiones controvertidas y en estricta referencia al extremo discutido --la encomienda a los jueces decanos y los delegados en las áreas jurisdiccionales del seguimiento del compromiso expresado por las Juntas de Murcia, Cartagena y Mula-- comenzaremos afirmando que el acuerdo adoptado por ellas en este punto no es conforme a la legalidad. En efecto, tiene razón el Consejo General del Poder Judicial cuando dice que la encomienda a los decanos y a los delegados en los órdenes jurisdiccionales del cumplimiento del compromiso expresado en las actas de las reuniones de las Juntas se aproxima a los cometidos propios de la actividad inspectora que, cualesquiera sean las formas de proceder en su actuación cotidiana, no forma parte de sus competencias.

No es válido para sostener lo contrario el argumento basado en el artículo 86 j) del Reglamento 1/2000 en que se apoya la demanda. No lo es porque, aunque ese

precepto les atribuya cuidar del cumplimiento de lo acordado por las Juntas de Jueces, esa función sólo es aplicable respecto de aquellos acuerdos que sean conformes al ordenamiento jurídico. Dado que no lo es ampliar sus atribuciones más allá de las previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Reglamento 1/2000, el indicado precepto no puede ofrecer cobertura al seguimiento del que se viene hablando.

El Consejo General del Poder Judicial, en el acuerdo que desestima el recurso de alzada, afronta conjuntamente, por considerarlos estrechamente relacionados, los reproches formulados por la Asociación Judicial Francisco de Vitoria relacionados con la competencia de la Sala de Gobierno y con el procedimiento observado para dictar su acuerdo respecto de los de las Juntas de Jueces. Pues bien, sobre el particular, hemos de decir que, discutiéndose la competencia de un órgano por haber resuelto sobre lo que --según la demanda-- sólo podía haber conocido el órgano jerárquicamente superior, el hecho de que ese superior se halla pronunciado expresamente y lo haya hecho ratificando lo decidido por el inferior priva de relevancia al defecto imputado. Y es que, efectivamente, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial ratificó por acuerdo de 16 de agosto de 2010 lo decidido por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Por tanto, habiéndose pronunciado el órgano cuya competencia no se discute por la recurrente en el mismo sentido en que lo hizo aquél al que se la niega, la aplicación del artículo 67.3 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia sobre los vicios de competencia vertical o jerárquica [sentencias de 16 de julio de 2009 (casación 2220/2006), 15 de abril de 2008 (casación 4284/2005), 9 de abril de 2008 (casación 3747/2005), 28 de febrero de 2007 (casación 302/2004), 4 de agosto de 2005 (recurso 151/2002), 12 de abril de 2004 (casación 683/1998) y las que en ellas se citan] privan de contenido a este reproche. No mediando vicio invalidante de incompetencia, tampoco cabe hablar de omisión del procedimiento y, desde luego, no se advierte que la recurrente haya sufrido indefensión ya que ha podido hacer valer sus argumentos tanto ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial como ante esta Sala.

Por último, no queda sino poner de manifiesto que, ciertamente, los acuerdos de las Juntas de Jueces están sometidos al control de legalidad del Consejo General del Poder Judicial, a efectos del cual han de ser comunicados al Presidente del Tribunal Superior de Justicia para que los remita al Consejo (artículo 71.2 del Reglamento 1/2000). Ahora bien, eso no impide que el Presidente someta al conocimiento de la Sala de Gobierno cualquier asunto relacionado con la organización y el funcionamiento de los órganos judiciales de su territorio, como es el caso de esos acuerdos de las Juntas, ni que la Sala de Gobierno se pronuncie sobre ellos, incluso, con argumentos de legalidad porque permite lo primero el artículo 160.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y porque, efectivamente, no puede considerarse ajena a la Sala de Gobierno una cuestión como la planteada por los acuerdos de las Juntas”(FD 4º).

4.3.2.2.- Utilización de aparcamientos.

Acuerdos de Magistrado-Decano y del Presidente de la Audiencia Provincial de Málaga sobre utilización del aparcamiento de la Ciudad de la Justicia. Anulación por falta de competencia para proceder a la distribución de plazas en el aparcamiento. STS de 31 de marzo de 2011 (RC 281/2010).

“(…) Para resolver la cuestión planteada es necesario tener en cuenta los precedentes acuerdos administrativos adoptados en relación con esta problemática y contenidos en

el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de octubre de 2007, que no reconoció la competencia al Decano para llevar a cabo la asignación de espacios en el aparcamiento y el Protocolo de funcionamiento del aparcamiento de la Ciudad de la Justicia de Málaga, aprobado por la Consejería de Administración Pública y Justicia de Andalucía de 8 de febrero de 2008, cuyo análisis permite constatar que en él se delimitan cuales son los vehículos autorizados con reserva de plaza que transporten a personal con discapacidad que tenga reconocida movilidad reducida, la tarjeta azul para los cargos institucionales relativos a Jueces, Fiscales y Secretarios de Juzgados de Guardia y el personal de la Guardia de incidencias (apartado II) y el régimen jurídico de la asignación y otorgamiento de las tarjetas, considerando que la baja definitiva de la prestación de los servicios en el edificio lleva consigo la pérdida del derecho de acceso al aparcamiento, que deberá ser entregada en la cuarta planta al equipo de coordinación o en la Delegación Provincial (tercera planta) concerniente al servicio de personal.

También el Acuerdo del Pleno del Consejo del Poder Judicial de 18 de septiembre de 2008, desestimó el recurso de alzada nº 34/08 y confirmó la ausencia de competencia para la intervención, en un caso similar, del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Valencia.

Desde la perspectiva jurisprudencial esta Sala ha fijado importantes criterios sobre los aparcamientos en edificios judiciales y el uso de las tarjetas. A título de ejemplo y sin constituir un precedente válido para la resolución de este caso, pueden citarse las sentencias de 24 de marzo de 2003, en relación con la utilización de una tarjeta de aparcamiento por Letrado en ejercicio, en el edificio de la Plaza de Castilla de Madrid que confirmaba la validez del Acuerdo adoptado por el Consejo General del Poder Judicial y las posteriores sentencias de 20 de julio de 2004 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 67/2002 que confirmó un Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, la de 24 de julio de 2007 que resuelve el recurso 24/2005 sobre la misma materia y la sentencia de 30 de noviembre de 2009 que resuelve el recurso nº 569/2007 formulado por la Gestora Provincial de la Unión Provincial de León de la Central Sindical Independiente de Funcionarios contra Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en relación con Acuerdos adoptados por el Decano de los Juzgados de León, relativo al uso y distribución de plazas de aparcamiento disponibles en la sede de los citados Juzgados.

A los fines de este recurso son de especial relevancia las sentencias dictadas el 23 de junio de 2010 en el recurso nº 294/2009, que siguiendo la precedente sentencia de 24 de julio de 2007, dictada en el recurso 24/2005, subraya que los edificios judiciales son bienes demaniales afectos al funcionamiento de la Administración de Justicia, con un régimen de utilización basado en que los bienes de dominio público están destinados a concretos servicios públicos, lo que implica el reconocimiento de facultades de naturaleza gubernativa tendentes al ejercicio de la potestad de adoptar en relación con los locales cuantas medidas resulten adecuadas para el funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que después concreta el Auto de medidas cautelares de 30 de septiembre de 2010 (rec. 289/2010) al subrayar que el artículo 37 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que corresponde al Ministerio de Justicia o al órgano competente de la Comunidad Autónoma con competencia en materia de justicia proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia, prescripción legal que autoriza a diferenciar dos

distintos niveles de competencia en lo que se refiere a los medios materiales destinados a la Administración de Justicia (incluidos los inmuebles): la delimitación de cuáles son los concretos bienes de que los Juzgados y Tribunales pueden disponer para el desarrollo de sus funciones, que es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo; y, una vez puestos esos bienes a disposición de los órganos jurisdiccionales, la fijación de las reglas sobre su utilización.

En todo caso, la singularidad de la cuestión planteada no permite trasladar los criterios de las precedentes sentencias dictadas por esta Sala sobre las potestades de los órganos de gobierno interno para regular la utilización de los edificios judiciales.

QUINTO.- En el caso examinado el Acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial deja sin efecto el Acuerdo adoptado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez Decano de 8 de julio de 2009 y de la misma fecha del Ilmo. Presidente de la Audiencia Provincial de Málaga sobre utilización de las plazas de aparcamiento en un edificio judicial, cuya titularidad demanial ostenta la Junta de Andalucía, que además ha elaborado un Protocolo sobre funcionamiento del aparcamiento, cuya vigencia no ha sido cuestionada.

La parte recurrente plantea la posible infracción de las normas competenciales del artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 86 del Reglamento 1/2000 y remitiéndose a la sentencia de 20 de julio de 2004, al resolver el recurso nº 67/2002, entiende que la competencia era del Decano.

Sin embargo, esta afirmación no queda suficientemente acreditada porque teniendo en cuenta el precedente Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de octubre de 2007, lo adecuado era la intervención de la Comisión Mixta a que se remite el art. 17 del Reglamento 1/2000 integrada por igual número de representantes de las Salas de Gobierno y de la Administración Autonómica competente y en donde figuran el Presidente de la Audiencia y el Decano cuando la cuestión que deba tratarse les afecte, pues, como subraya el Abogado del Estado, la Comunidad Autónoma detenta la propiedad del edificio y de las plazas de aparcamiento y en aras del funcionamiento, aprobó el correspondiente Protocolo de utilización, remitiendo incluso a dependencias de la propia Junta el régimen de utilización de tarjetas y permisos.

Los razonamientos expuestos conducen a considerar que no procede confirmar la competencia del Decano o del Presidente de la Audiencia Provincial en la valoración de la cuestión suscitada, como reconocen los Acuerdos adoptados por el Consejo General del Poder Judicial” (FD 4º y 5º).

En similares términos, STS de 8 de febrero de 2012 (RC 289/2010).

4.3.2.3.- Restricción de paso a determinadas instalaciones del edificio judicial.

Impugnación del Acuerdo del Decano de los Juzgados de Cáceres acordando la restricción del paso por determinadas instalaciones del edificio de la sede de los Juzgados, excluyendo el edificio donde se ubican las secciones de la Audiencia Provincial y Fiscalía. Competencia del Juez Decano. Motivación adecuada del mismo y exclusión de arbitrariedad. No vulneración de la dignidad del trato a Abogados y Procuradores. STS de 13 de abril de 2012 (RC 22/2011).

“(…) El artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial encomienda a los Decanos diversas facultades encaminadas a asegurar el buen funcionamiento de los Juzgados, entre ellas la de velar por la buena utilización de los locales judiciales. Por otro lado, el artículo 86 g) del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de gobierno de los Tribunales, precisa, entre las atribuciones que les corresponden, la de <<resolver, cuando sea preciso, sobre la adecuada utilización de los edificios y dependencias en que tengan su sede el Decanato y los Juzgados con sede en la misma población, en cuanto se refiere a actividades que guarden relación con la función judicial, sin perjuicio de la policía de estrados que corresponde a los titulares de los órganos jurisdiccionales>>.

El Acuerdo adoptado por el Magistrado- Juez Decano de Cáceres afirma insistentemente, tanto en su parte dispositiva, como en sus fundamentos de derecho, que los espacios, a los que afecta la restricción de paso que aquél dispone, se encuentran exclusivamente en el edificio interior sede de los Juzgados, y en la exclusión de su objeto y ámbito de aplicación del edificio donde se encuentran ubicadas las secciones de la Audiencia Provincial y la Fiscalía. Circunstancias a las que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en el Acuerdo aquí directamente impugnado, añade la no afectación por el referido acuerdo de ninguna de las dependencias comunes o compartidas entre los Juzgados y la Audiencia Provincial.

Por ello, el hecho de que la Audiencia Provincial y los Juzgados de Cáceres, aun cuando en bloques perfectamente diferenciados (bloques A y C, respectivamente, según el informe pericial aportado por la recurrente), arquitectónicamente se integren, en definitiva, en un único edificio, como, por otra parte, es común a las modernas “Ciudades de la Justicia”, no supone la desaparición de la competencia gubernativa, en este caso del órgano inferior a favor del superior, establecida en los preceptos anteriormente mencionados, y que responden a una razón y finalidad distinta al criterio, ciertamente simplista, de la ubicación física de los mismos (como es, a los efectos que al actual recurso interesan, el mejor conocimiento, por cada uno de los representantes de los respectivos órganos de gobierno, establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de las necesidades propias de aquéllos).

A lo expuesto debemos añadir que la seguridad de las dependencias, a las que se contrae la actuación del Decano (partes del edificio que comunican directamente con los calabozos, archivos de los respectivos Juzgados, despachos de Magistrados y Secretarios, Salas de Vistas, aseos de uso privado y garajes de uso exclusivo de aquéllos), evidencian una clara y evidente relación con la función judicial, que justifica, a diferencia de los supuestos analizados en las recientes sentencias de esta misma Sala y Sección de 31 de marzo de 2011 y 8 de febrero de 2012 (Rec. Ord. 281 y 289, ambos de 2010), referidos a la utilización de las plazas de aparcamiento de la Ciudad de la Justicia de Málaga, el pronunciamiento efectuado en el caso actualmente sometido a decisión a favor de la competencia del Magistrado- Juez Decano.

Por todo ello, hemos de concluir que el Magistrado-Juez Decano de Cáceres era competente para adoptar el acuerdo que, para garantizar la seguridad de todos y propiciar un mejor uso de las instalaciones judiciales, tomó, lo que conduce a la desestimación de este primer motivo del recurso.

SEXTO.- *Tampoco merece mejor suerte la segunda de las pretensiones articuladas en el recurso, en cuya fundamentación subyace, en definitiva, la discriminación y falta de*

consideración a la dignidad de su función, de que se considera objeto el Colegio recurrente, por parte del acuerdo impugnado.

En este sentido, si bien es cierto que el artículo 542.2 de la LOPJ reconoce a los Abogados los derechos inherentes a la dignidad de su función, lo es <<en su actuación ante los juzgados y tribunales>>, ámbito éste que se reproduce en el artículo 38.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, cuando proclama la igualdad de trato con el Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado, igualdad que viene referida a su intervención ante los Tribunales, y particularmente a la ubicación en estrados, aspecto éste, el de la actuación profesional de los Letrados ante los Juzgados y Tribunales, en el que ninguna incidencia tiene el acuerdo impugnado, cuyo objeto se limita, según ya hemos expuesto, a restringir el paso por determinadas dependencias del edificio por razones de seguridad, actividad que, como máximo, pudiere calificarse de instrumental, y completamente secundaria, al desempeño de aquella función.

Tampoco apreciamos que la medida sea desproporcionada o inadecuada a los fines por ella perseguidos. Del texto del acuerdo adoptado por el Magistrado- Juez Decano de los Juzgados de Cáceres no puede desprenderse, razonablemente, vinculación alguna, expresa, ni tácita, entre los sucesos que motivan su adopción (relatados en su antecedente de hecho primero) y el colectivo representado por el Colegio aquí recurrente.

Tampoco advertimos indicio alguno de arbitrariedad, y consideramos absolutamente razonables los motivos ofrecidos para su adopción.

Esta Sala no desconoce la frecuencia y habitualidad con la que Abogados y Procuradores acuden a los edificios judiciales, ni la importancia de las respectivas funciones desempeñadas en el ámbito de la Administración de Justicia, por unos y otros. Pero aun sobre la base del escrupuloso respeto de su trascendente función en los procesos, en nada afecta a ella que en cuanto a la disposición de determinados espacios de los locales judiciales, que no resulta necesaria para el ejercicio de esa función, puedan no resultar equiparados a los funcionarios judiciales y a agentes de la autoridad, que es en realidad lo que se cuestiona.

Por ello, no apreciamos indicio alguno de discriminación en el acuerdo del Decano, pues, en este caso, la diferencia de trato entre Magistrados, Secretarios, funcionarios y agentes de la autoridad, de un lado, y público y profesionales, de otro, descansa en un fundamento objetivo y no resulta injustificada”. (FD 5º y 6º)

4.3.3.- Acuerdos concretos.

4.3.3.1.- Reparto doble a Juzgado.

No precisa de la aquiescencia del Juez afectado. Medida que encaja dentro de las modificaciones de normas de reparto de asuntos y que no supone la liberalización de asuntos para el resto de Juzgados. STS de 31 de marzo de 2011 (RC 29/2010).

“(…) A su vez, los arts 29 y siguientes regulan la liberación total o parcial de asuntos a un determinado Juzgado con carácter excepcional, por tiempo limitado y cuando la buena administración de justicia lo haga necesario. Será siempre precisa la aquiescencia del Juez afectado.

Considera el recurrente que el acuerdo de la Junta Sectorial de Jueces, avalado por la Sala de Gobierno y por el acuerdo del Pleno del CGPJ infringe el art. 30 porque se requiere la aquiescencia del Juez afectado, que en este caso fue expresamente rechazada. Además, tampoco concurre el requisito de la excepcionalidad de la medida y la motivación de la misma.

Sin embargo, la interpretación del recurrente no puede acogerse. El acuerdo de la Junta de Jueces Sectorial ratificado por la Sala de Gobierno lo que aprobó fue un doble reparto para el Juzgado nº 3, de nueva creación y no una liberación para los otros dos. Se trata de una medida que encaja dentro de la modificación de las normas de reparto de asuntos, regulada en los arts 25 a 28 del Reglamento sin que se aprecie una laguna legal que justifique acudir a las normas sobre liberación total o parcial de asuntos contemplada en el capítulo siguiente.

La entrada en funcionamiento de un nuevo Juzgado de lo Contencioso Administrativo en Almería se sitúa en un determinado contexto. Su creación tiene como objetivo contribuir a la descongestión de los Juzgados de lo Contencioso de Almería y a eso se dirige también el sistema de reparto extraordinario aprobado con carácter transitorio. En la medida en que todo ello conduce a disminuir la carga de trabajo que pesa sobre cada Juzgado y ofrece a los ciudadanos la posibilidad de obtener respuestas judiciales en menos tiempo, ha de considerarse justificado lo dispuesto ya que responde a exigencias de una buena Administración de Justicia, como quiere el artículo 167.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y subrayó la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Pero es que, aunque se entendiese que resultan aplicables las normas de la liberación de asuntos, en concreto, el art. 30, tampoco podría acogerse la interpretación del recurrente que considera que el “afectado” es el Juez que recibe los asuntos procedentes del Juez liberado no puede acogerse.

En primer lugar, desde una perspectiva literal o gramatical porque como se deduce del art. 167 LOPJ la Junta de Jueces la integran dos o más Jueces del mismo orden jurisdiccional, por lo que si existieran más de dos, y, siguiendo la tesis del recurrente los afectados serían varios. Es más, como refleja el acuerdo de la Junta Sectorial de Jueces de lo Contencioso Administrativo de Almería, el Juzgado nº 2 se hallaba vacante, pero, en otro caso, y siendo idéntica la fundamentación del acuerdo hubiera sido necesaria, la aquiescencia también del titular de este Juzgado. Sin embargo, el precepto utiliza el singular, y ello no puede significar más que considera que el Juez afectado es aquel a quien se libera temporalmente de reparto.

Si tenemos en cuenta que la liberación total o parcial de reparto es una medida excepcional, de carácter temporal y supeditada a las necesidades de una buena administración de justicia, no puede aceptarse que su posible apreciación por la Sala de Gobierno que es quien tiene en definitiva que aprobarla resulte bloqueada por la voluntad del Juez o Jueces que rechazan simplemente la adopción de la medida y a quienes no les corresponde tomar aquellas decisiones.

Concurre, en segundo lugar, el carácter excepcional de la medida pues ese carácter presenta, la creación y entrada en funcionamiento de un Juzgado, (solo se producirá una vez) unida al exceso de carga de trabajo de los restantes Juzgados y

también la motivación al expresar que con la medida se permitiría el adelantamiento de los señalamientos. No puede negarse que ese objetivo integra adecuadamente un concepto jurídico indeterminado como es “la buena administración de Justicia” (FD 3º).

En similares términos, STS de 31 de marzo de 2011 (RC 398/2010).

4.3.3.2.- Prórroga de reparto doble a Juzgado de nueva creación.

Acuerdo de la Junta Sectorial de Jueces de lo Contencioso-administrativo de Almería, aprobado por la Sala de Gobierno de TSJ, sobre prórroga de reparto doble a Juzgado de nueva creación. La aprobación o modificación de normas de reparto de asuntos entre Juzgados no integra un procedimiento administrativo. Inaplicabilidad del art. 77 de la Ley 30/92. El planteamiento de la recusación del Juez Decano no suspende el procedimiento hasta su resolución. STS de 31 de marzo de 2011 (RC 398/2010).

“(…) razona que el acuerdo impugnado es nulo de pleno derecho por haberse omitido completamente el procedimiento establecido, pues la Sala de Gobierno tuvo conocimiento del recurso de alzada interpuesto contra el Acuerdo del Decano de Almería de 16 de octubre de 2009 que rechazó de plano la recusación formulada contra él por el Magistrado recurrente. De este modo, estima que era necesaria la paralización del procedimiento hasta la resolución de la recusación y que no podía haberse adoptado el acuerdo por la Junta Sectorial de Jueces de lo Contencioso ni la aprobación del mismo por la Sala de Gobierno, tal y como se deduce del art. 77 y 28 y 29 de la Ley 30/1992.

El art. 77 de la Ley 30/92 establece, efectivamente, que la resolución del incidente de recusación suspende la tramitación del procedimiento. Lo que sucede es que es que aquí no es aplicable dicha Ley.

La supletoriedad de la Ley 30/92 solo la establece el art. 142.1 de la LOPJ respecto de los actos del Consejo General del Poder Judicial Así, dice “1. En todo cuanto no se hallare previsto en esta Ley, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin que, en ningún caso, sea necesaria la intervención del Consejo de Estado.”

Por otra parte, la aprobación o modificación de las normas de reparto de asuntos entre Juzgados no integra un procedimiento administrativo aunque se supedita a unos trámites que se describen en el art. 26 del Reglamento 1/2005. En consecuencia no puede ser de aplicación el art. 77 de la Ley 30/92. Y, no existe por ello un precepto que imponga la suspensión del “ procedimiento” de aprobación o modificación de las normas de reparto hasta que se resuelva la causa de recusación. Solo está prevista esa suspensión para los procedimientos administrativos y en los supuestos de recusación en el seno de un procedimiento judicial, art. 225.4 de la LOPJ pero no en una actuación de carácter gubernativo sujeta, como indica el art. 26 del Reglamento 1/2005 simplemente a unos trámites de propuesta de la Junta de Jueces y posterior aprobación por la Sala de Gobierno.

Si a ello añadimos que la interposición del recurso de alzada no suspende la ejecución del acto impugnado, en este caso, la resolución del Decano denegatoria de la recusación planteada contra él, ninguna razón tenía la Sala de Gobierno para no resolver sobre la propuesta de la Junta Sectorial de Jueces sobre la prórroga de doble reparto al Juzgado nº 3 como así hizo.

Por esa razón, ninguna incidencia tiene el que no figurase como antecedentes del Acuerdo de la Sala de Gobierno el dato relativo a la recusación del Decano y el recurso de alzada contra el rechazo por éste de la recusación contra él formulada a la que se refiere el recurrente en el motivo sexto de su escrito de demanda” (FD 4º).

4.3.3.3.- Criterios de sustitución entre Magistrados de Secciones desplazadas.

Acuerdo de la Sala de Gobierno fijando criterios de sustitución entre Magistrados de dos Secciones de la Audiencia Provincial de Alicante desplazadas a Elche, adscritas a distinto orden jurisdiccional. Cobertura respectiva por Magistrados de otra Sección. Conformidad a derecho. El criterio de la coincidencia de la sede cumple canon de objetividad. STS de 9 de febrero de 2012 (RC 579/2010).

“(…) 1.- Las sustituciones son situaciones extraordinarias destinadas a garantizar la continuidad del funcionamiento del órgano jurisdiccional cuando concurren circunstancias excepcionales que temporalmente impiden su constitución con los jueces o magistrados titulares.

2.- La LOPJ no tiene definido o establecido un concreto criterio para decidir esas sustituciones, pues su artículo 152.2º se limita a establecer que es la Sala de Gobierno el órgano a quien corresponde establecer, "con criterios objetivos", los turnos precisos para la composición de las Secciones de las Audiencias Provinciales; y su artículo 199 dispone que será el Presidente del Tribunal respectivo quien hará las designaciones individuales en aplicación del turno que haya sido establecido.

3.- Ese silencio legal comporta el reconocimiento a dicha Sala de Gobierno de una amplia discrecionalidad para elegir el concreto criterio que habrá de decidir el turno de sustitución, que ciertamente tendrá como límites esa "objetividad" genéricamente enunciada y la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE).

Por otra parte, tanto esa misma Sala de Gobierno, como el propio Consejo General del Poder Judicial, en cuanto órganos legal y constitucionalmente habilitados para el gobierno interno del Poder Judicial, son quienes están en mejores condiciones de ponderar cuales son las singulares circunstancias y necesidades concurrentes en cada caso para decidir el mejor criterio de sustitución.

Y una y otra cosa en lo que se traduce es que las decisiones de ambos órganos de gobierno, una vez que hayan respetado los límites que han sido apuntados, no podrán ser invalidadas desde mera la discrepancia con los criterios que hayan sido asumidos en sus resoluciones para fundar las concretas soluciones de sustitución que en ellas hayan sido adoptadas (esta Sala puede controlar la legalidad de los actos de gobierno judicial, pero no puede sustituir la discrecionalidad que es inherente a ellos).

5.- Cualquier magistrado tiene la habilitación profesional que resulta necesaria para desempeñar las funciones propias de las Secciones de cualquier orden jurisdiccional que componen una Audiencia Provincial.

6.- *En el caso enjuiciado, el criterio de la coincidencia en la sede que ha sido elegido para la sustitución cumple con ese canon de objetividad legalmente establecido y no puede ser tildado de arbitrario o irracional, pues responde a las claras finalidades de evitar los mayores costes económicos que significaría desplazar magistrados desde otras sedes y lograr una mayor agilidad o rapidez en las sustituciones.*

7.- *Lo anterior no excluye que si en Elche variaran las circunstancias, por acaecer hechos concretos que pusiesen de manifiesto la grave inconveniencia o dificultad de seguir aplicando la solución adoptada, que los interesados se dirijan a la Sala de Gobierno y al Consejo haciéndoles saber, de manera concreta y detallada, tales hechos y solicitando que se reconsidere esa solución hasta ahora aplicada” (FD 3º).*

4.3.3.4.- Participación y derecho al voto en Juntas Generales de Jueces.

Acuerdo del Decano en funciones denegando la participación y el ejercicio del derecho a voto de una Magistrada en la Junta General de Jueces para elección de Decano. Magistrada titular de un Juzgado de Primera Instancia y en comisión de servicio con relevación de funciones en la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial. La condición de elector va unida a la titularidad de un órgano unipersonal y al ejercicio efectivo de funciones jurisdiccionales en el mismo. STS de 11 de mayo de 2009 (RC 174/2006).

“(…) En este sentido, dejando claro que la comisión de servicio no altera la situación en activo de quien la desempeña, ni tampoco le priva de su condición de titular, en este caso, de un concreto Juzgado, debe reiterarse que eso no significa que deba reconocérsele el derecho a participar en las Juntas de Jueces y a elegir al Decano. La exigencia de que esa titularidad a la que se refiere el Reglamento 1/2000 para atribuir la condición de elector lo sea también de ejercicio no es irrazonable. Al contrario, lo que carece de sentido es lo pretendido por la recurrente, quien, mientras permanezca en comisión de servicios con relevación de funciones es, dice bien el Abogado del Estado, magistrada de la Audiencia Provincial a todos los efectos.

El derecho a participar en las Juntas de Jueces y a concurrir con los demás miembros de ellas a tomar las decisiones que les competen lo vinculan las normas a la titularidad de un Juzgado porque esa titularidad implica el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes, es decir aquellas sobre las que inciden los acuerdos que deban adoptar las Juntas o quienes hayan sido elegidos Decanos. Tal es la regla, el titular ejerce sus funciones y, por eso, debe participar en las decisiones gubernativas que afecten al ámbito en el que las desempeña. No es difícil establecer esta conexión aunque no esté formulada de manera explícita en las normas. De ahí que tampoco requiera de complejas operaciones interpretativas alcanzar la solución seguida en este caso pues en la recurrente no coincidían titularidad formal y material del Juzgado.

El carácter transitorio de la comisión de servicio al que alude la demanda no altera el razonamiento anterior. En el momento en que expire y se reincorpore efectivamente a su Juzgado, la Sra. Sáez Martínez dispondrá de todos sus derechos a participar y decidir en las Juntas que se celebren al tiempo que vuelve a ejercer en el mismo. Mientras tanto, de igual forma que no interviene en la marcha del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de los de Málaga, tampoco podrá intervenir en las Juntas de Jueces de esa ciudad” (FD 4º)

4.3.3.5.- Desplazamientos de Juzgados fuera de su sede.

Acuerdo de Sala de Gobierno de TSJ dejando sin efecto desplazamiento de jueces de lo penal a localidades fuera de su sede. Análisis del artículo 269 LOPJ. Dicho precepto condiciona el desplazamiento a que venga justificado por el número de causas instruidas en dichas ciudades fuera de su sede o por una mejor administración de justicia. Decisión discrecional. No apreciación de que la decisión adoptada haya ido más allá de los límites aplicables ni que haya sido arbitraria. STS de 3 de octubre de 2011 (RC 792/2009).

“(...) Es verdad que el precepto usa el imperativo "dispondrán" pero también lo es que condiciona tal disposición a que el desplazamiento venga justificado por el número de causas instruidas por los Juzgados de las ciudades distintas de aquella en que está la sede del Juzgado o por una mejor administración de justicia. Dice la demanda que se trata de conceptos jurídicos indeterminados y no hay obstáculo para reconocer que así sea pero ha de admitirse igualmente que la determinación de si ese número de asuntos es suficiente para que se acuerde el desplazamiento o si la mejor administración lo exige corresponde a las Salas de Gobierno. Y que disponen de un amplio margen para apreciarlo, dada la estructura de los términos usados por el legislador. Por eso, dice el Consejo General del Poder Judicial que estamos ante una decisión de carácter discrecional.

Y en este caso no puede afirmarse que la apreciación de la Sala de Gobierno haya ido más allá de los límites en los que se ha de enmarcar ni que haya sido arbitrario su proceder. El mismo recurrente reconoce que el número de asuntos ha disminuido aunque discrepe del alcance de la disminución y se extienda en conclusiones sobre los datos. Ahora bien, no se trata de que lleguen o no a un determinado umbral sino de valorar su cantidad en el conjunto, pues el acuerdo discutido tuvo presentes también los otros factores alegados por la Junta Sectorial de Jueces de lo Penal. Desde este punto de vista, nos parece que las razones ofrecidas desde el primer momento, en especial las relativas a los trastornos que origina la actuación del Juzgado fuera de su sede, de principal importancia a los efectos de lo que se discute si pensamos que el buen funcionamiento de los Juzgados y Tribunales es condición para que puedan prestar la tutela judicial efectiva a la que todos tienen derecho, deben excluir todo atisbo de arbitrariedad, pues son coherentes con los principios de eficacia y eficiencia que también han de ser observados en la organización y funcionamiento de los órganos judiciales. Conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que la satisfacción de ese derecho fundamental no exige que deban existir tribunales en todos los lugares y que no se ha demostrado que el fin de los desplazamientos impida o menoscabe la asistencia profesional que los abogados han de prestar a sus clientes” (FD 5º).

Sobre una cuestión similar, STS de 30 de junio de 2011 (RC 796/2009) y de 3 de diciembre de 2010 (RC 795/2009).

4.3.3.6.- Liberación de ponencias a Magistrado.

Competencia de la Sala de Gobierno de un TSJ para liberar de ponencias a un Magistrado cuando, circunstancias excepcionales, resulte necesario. La baja por enfermedad no es por sí misma circunstancia excepcional pero sí puede contribuir a producirla junto con otras variables concurrentes. STS de 5 de diciembre de 2011 (RC 500/2010).

“(…) Es verdad que los artículos 204 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 34.1 del Reglamento 1/2005 disponen que en el reparto de asuntos turnen todos los magistrados de la Sala, incluido su presidente. Pero también lo es que el apartado 4 de esa última disposición establece lo siguiente:

“4. La Sala de Gobierno podrá, a propuesta del Presidente de la Sala o de la Audiencia, mediante resolución motivada, liberar total o parcialmente y por tiempo limitado a un determinado Magistrado de su participación en el turno ordinario de ponencias en aquellos casos en que, por circunstancias excepcionales, la buena administración de justicia lo haga necesario”.

Y, antes, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 152.2, establece que corresponde a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia:

“1º Aprobar las normas de reparto de asuntos entre las Salas del Tribunal y entre las Secciones de las Audiencias Provinciales y Juzgados del mismo orden jurisdiccional, con sede en la Comunidad Autónoma correspondiente.

Excepcionalmente, de forma motivada, y cuando las necesidades del servicio así lo exigieren, la Sala de Gobierno podrá ordenar que se libere del reparto de asuntos, total o parcialmente, por tiempo limitado, a una Sección o a un Juez determinado”.

[...]

Dejando ahora al margen estas últimas cuestiones, hemos de decir que, a la luz de los preceptos reproducidos, parece clara la competencia de la Sala de Gobierno para tomar una decisión como la adoptada. También, hay que decir que no bastan para excluir la aplicabilidad de las normas reglamentarias las razones que da el recurrente. Una baja por enfermedad por sí misma no es, desde luego, una circunstancia excepcional, pero sí puede, en función de las demás variables concurrentes, entre otras, la situación de la Sala o la duración de esa baja, contribuir a producirla. Y la Sala de Gobierno puede apreciarlo así ya que, como hemos dicho, es la llamada a hacerlo. De hecho, una de las plazas de magistrado estaba vacante y el informe de aquélla habla de la previsible prolongación de la baja por enfermedad en el tiempo. Tampoco se pueden pasar por alto las demás medidas que se adoptaron en su reunión del 7 de mayo de 2010, todas ellas justificadas “por la situación de la Sala de lo Contencioso Administrativo” y “para solucionarla”. Si para ello se consideró preciso aprobar la intervención como medida de refuerzo de tres magistrados de la Sala de lo Civil y Penal y ofrecer comisión de servicios sin relevación de funciones a quien estuviera interesado, tomando ya conocimiento de la disposición de un magistrado especialista para hacerse cargo de ella, medidas de las que nada dice el recurrente, no parece exagerado concluir que la situación de la Sala de lo Contencioso Administrativo estaba lejos de ser la deseable y que bien podía calificarse de excepcional a los efectos de justificar la aplicación del precepto de referencia. A esa misma conclusión conducen el acuerdo del presidente del Tribunal Superior de Justicia de 23 de abril de 2010 (folios 2 y 2 vuelto del expediente) y la respuesta que le da el presidente en funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo el día 26 siguiente (folios 3 a 6). En ella habla de urgencia, de imperiosa necesidad, preocupante situación y, también, de circunstancias excepcionales” (FD 4º).

4.3.3.7.- Exhibición del libro de sentencias.

Acuerdo del Juez que directamente deniega, sin previa resolución del Secretario, una petición escrita de exhibición del libro de Sentencias. Acuerdo de naturaleza gubernativa y no jurisdiccional. La competencia para acordar la exhibición del libro de Sentencias corresponde al Secretario, no al Juez. Anulación del Acuerdo. STS de 4 de junio de 2012 (RC 7/2012).

“(…) Una lectura del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial recurrido nos permite afirmar que rechaza que estemos ante una cuestión jurisdiccional y sitúa la controversia en el ámbito gubernativo. De haber entendido que estábamos en el ámbito jurisdiccional, no podría pronunciarse al respecto, y hubiera inadmitido el recurso, como hizo en otros casos (por ejemplo el examinado en la sentencia de fecha 29 de abril de 2011, dictada en el Recurso Contencioso-administrativo nº 545/2008).

Centrado así los términos del debate, la primera cuestión a decidir es la relativa a si el Juez de lo Mercantil nº 2 de Valencia, era competente para resolver sobre la solicitud de acceso a los Libros de Sentencia formulada por el recurrente.

El artículo 2 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales dispone que «1. Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley, de conformidad con lo establecido en el art. 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. Tendrán carácter reservado las actuaciones judiciales que sean o hayan sido declaradas secretas, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales, así como aquellas otras cuya publicidad pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales».

El Artículo 3 del citado Reglamento añade que «1. De conformidad con lo dispuesto en el art. 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los interesados podrán acceder al texto de las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los Magistrados que las hubieran dictado, depositadas en la Oficina judicial y registradas en los sistemas informáticos. 2. No obstante, se podrá restringir el acceso al texto de las sentencias o a determinados extremos de las mismas, cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas dignos de especial tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, y, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes».

Y el lo que aquí interesa el artículo 4 concluye afirmando que «1. Corresponde a los Secretarios de la Oficina judicial facilitar a los interesados el acceso a los documentos judiciales a que se refieren los dos artículos anteriores. 2. Quienes estén interesados en acceder a los documentos a que hacen referencia los dos artículos anteriores, presentarán la solicitud por escrito en la Secretaría del órgano judicial, precisando el documento o documentos cuyo conocimiento se solicita y exponiendo la causa que justifica su interés. La solicitud será resuelta en el plazo de dos días mediante acuerdo del Secretario de la unidad de la Oficina judicial en que se encuentre la documentación interesada, quien deberá valorar si el solicitante justifica su interés, la existencia de derechos fundamentales en juego, y la necesidad de tratar los

documentos a exhibir o de omitir datos de carácter personal en los testimonios o certificaciones a expedir, en caso de que el solicitante no justifique un interés personal y directo, de manera que se salvaguarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados por la resolución judicial. Si accediere a lo solicitado expedirá el testimonio o la certificación que proceda o exhibirá la documentación de que se trate, previo tratamiento de datos de carácter personal, en su caso. 3. Sin perjuicio de lo establecido en las leyes de procedimiento, el acuerdo denegatorio del Secretario judicial será revisable por el Juez o Presidente a petición del interesado, que lo deberá solicitar en el plazo de tres días desde la correspondiente notificación. Si, transcurridos dos días desde la solicitud, no hubiere recaído acuerdo expreso del Secretario, ni se hubiere expedido el testimonio o certificación solicitados, ni realizada tampoco la exhibición de que se trate, se entenderá que la petición ha sido denegada y, en su consecuencia, el interesado podrá ejercitar ante el Juez o Presidente el derecho de revisión mencionado anteriormente. Contra el acuerdo del Juez o Presidente se podrán interponer los recursos establecidos en el Reglamento número 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de Gobierno de Tribunales. 4. Respecto del acceso a las actuaciones judiciales de las que se desprendan datos con trascendencia tributaria, se estará además a lo establecido en el art. 94.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

No cabe duda que la denegación de acceso al Libro de Sentencia fue dictada por órgano manifiestamente incompetente, el Magistrado, pues la decisión viene atribuida al Secretario Judicial, causa de nulidad de pleno derecho, contemplada en el artículo 62.1,b) de la Ley 30/1992.

No podemos compartir el criterio de la resolución recurrida, que entendió que en todo caso como el Magistrado era competente para resolver el recurso sobre el acuerdo denegatorio que, en su caso, dictara el Secretario Judicial, y en aras al principio de celeridad y ahorro de trámites, procedía desestimar tal causa de nulidad, pues dicho criterio se opone a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 30/1992, que establece que la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por el órgano administrativo que la tenga atribuida como propia” (FD 4°).

4.4.- ACUERDOS JURISDICCIONALES.

4.4.1.- Elevación al Pleno de la Sala del conocimiento de un asunto.

El acto de llamamiento a formar Sala, a iniciativa del Presidente, de todos los Magistrados que la componen reviste naturaleza jurisdiccional y únicamente es revisable a través de recursos jurisdiccionales. STS de 8 de abril de 2009 (RC 197/2006).

“(…) Conviene precisar, aunque las partes no han hecho cuestión de ello, que el acto por el que el Presidente de la Sala llama a todos sus componentes a resolver un asunto, en uso de la potestad que le concede el artículo 197 es un acto jurisdiccional, como ya ha tenido ocasión de decir esta misma Sala, y en consecuencia debió el Consejo General del Poder Judicial declararse incompetente para resolver su impugnación. En efecto esta Sala en el Auto de 26-2-2008, recurso número 22/2007, sostiene en su fundamentos jurídicos lo siguiente:

" Primero.- Esta Sala ha tenido ocasión de señalar en sentencia de 12 de noviembre de 2003, rec. 187/2003, Secc. 7ª, las dificultades que presenta la distinción entre actos de

gobierno interno de los Tribunales y Juzgados, cuya impugnación pueda ser planteada mediante un recurso administrativo ante el CGPJ, y actos de carácter y naturaleza jurisdiccional que, por esta razón, solo permiten su impugnación a través de los recursos procesales y ante las Salas de Justicia del correspondiente orden jurisdiccional.

Señala dicha sentencia que ello "no puede despejarse con una mera interpretación gramatical de la LOPJ, porque sus preceptos no abordan directamente dicha cuestión y tampoco incluyen o sientan expresos criterios directamente dirigidos a definir la frontera que separa los respectivos espacios que corresponden a lo jurisdiccional y a lo gubernativo.

Por tanto, la solución habrá de buscarse siguiendo una técnica principal o conceptual que, partiendo de lo que sean criterios mayoritariamente compartidos en el campo doctrinal, tome en consideración los conceptos fundamentales sobre potestad jurisdiccional, proceso y presupuestos del proceso; pondere los valores constitucionales en juego y su mejor realización; se atenga al perfil institucional que usualmente se viene atribuyendo a la concreta garantía de reserva jurisdiccional; y no olvide la relevancia constitucional que corresponde al Consejo General del Poder Judicial.

Ese método deberá completarse con un criterio de interpretación sistemática que tenga en cuenta la solución seguida por la LOPJ en otros preceptos que regulan aspectos o cuestiones semejantes a la que aquí se analiza".

Se añade en dicha sentencia que "la potestad jurisdiccional está enderezada a la aplicación individualizada del ordenamiento jurídico y, según lo establecido en el artículo 117.3 CE, consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Constitucionalmente comprende, pues, el enjuiciamiento de fondo de la correspondiente contienda individualizada y también la actividad procesal que legalmente ha de ser desarrollada para ese enjuiciamiento.

Por lo que hace a esta última (la actividad procesal), es usual subrayar que su fin es determinar cuales son los elementos objetivos y subjetivos de la contienda, esto es, el tema de controversia, quienes pueden comparecer y han de ser llamados como partes en el litigio y cual ha de ser el concreto órgano jurisdiccional, de entre los que con ese carácter figuran en el elenco legal, a quien corresponde la competencia para enjuiciarlo y resolverlo".

Segundo.- Sirviéndonos de tales criterios, en el caso de las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia de referencia, no se trata de determinar la composición de un Sala sino del llamamiento de los miembros de la misma que han de intervenir en el conocimiento y resolución de los asuntos.

La determinación del número de Magistrados de una Sala que han de concurrir o quorum exigido para la válida adopción de las correspondientes resoluciones viene establecida en normas de carácter procesal, como es el caso de los artículos 15 y 16 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a los que remite el artículo 196 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en lo que atañe a esta Sala Tercera dispone que, para la vista o deliberación, será necesaria la concurrencia del que presida y de todos los componentes de la Sección para decidir los recursos de casación y revisión y

de cuatro magistrados en los demás casos, mientras que para el despacho ordinario será suficiente la concurrencia de quien presida y dos Magistrados. El artículo 197 de la LOPJ, aun con características propias, contempla una modalidad de llamamiento a formar Sala (a ello se refiere la STC 207/2000), cuando se den las circunstancias previstas en el mismo, propiciando el llamamiento de todos los componentes de la Sala. A diferencia de las demás previsiones, que anudan la composición de la Sala a la naturaleza de la actuación procesal establecida de forma concreta, en el caso del artículo 197 el llamamiento de todos los miembros de la Sala se supedita: objetivamente, a la necesidad para la administración de Justicia y, subjetivamente, a la apreciación de dicha necesidad por el Presidente o la mayoría de los Magistrados de la Sala.

Se trata, por lo tanto, de reglas procesales que disciplinan la válida constitución de los órganos jurisdiccionales colegiados para cada acto procesal, que atañen a la ordenación y desarrollo de un concreto proceso y la adecuada conformación de los elementos subjetivos del mismo y que se plasma en la correspondiente resolución jurisdiccional, que ha de darse a conocer convenientemente a las partes, al objeto de que puedan reaccionar si estiman concurrentes causas de recusación o haciendo valer cualquier ilegalidad mediante la articulación de los recursos procesales ordinarios o extraordinarios, como es el caso de la invocación de los motivos de casación previstos en el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción (sirvan a título indicativo: el recurso de casación 2492/2003, resuelto por sentencia del Pleno de esta Sala de 7 de junio de 2005, en el que se planteaba al amparo del motivo previsto en la letra a) del citado artículo 88.1 la infracción del artículo 197 de la LOPJ, por incompetencia del Pleno de la Sala de instancia, y el recurso 2018/2003, resuelto por sentencia de 6 de julio de 2005, en el que al amparo del motivo previsto en la letra c) se cuestiona igualmente el conocimiento de asunto por el Pleno de la Sala de instancia).

Por otra parte, como ya hemos señalado antes, la iniciativa para que se produzca el llamamiento de todos los Magistrados a formar Sala se atribuye tanto al Presidente como a la mayoría de aquellos, indistintamente, lo que excluye invocar las facultades gubernativas del Presidente, pues no podría hacerse lo mismo respecto de la mayoría de Magistrados que carecen de cualquier consideración orgánica o funciones gubernativas, y evidentemente nada justificaría atribuir carácter jurisdiccional al llamamiento hecho por la mayoría de los Magistrados y gubernativo al efectuado a iniciativa del Presidente, cuando las razones y justificación según la Ley son las mismas.

Todo ello lleva a considerar de naturaleza jurisdiccional el acto de llamamiento a formar Sala, a iniciativa del Presidente, de todos los Magistrados que la componen, que por lo tanto estará sujeto a revisión a través de los recursos jurisdiccionales ordinarios y extraordinarios procedentes" (FD 2º).

Sobre análoga cuestión, STS de 10 de mayo de 2010 (RC 465/2008).

4.4.2.- Composición de una Sección para el conocimiento de un asunto concreto.

Acuerdo del Presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra sobre composición de una de las Secciones en relación con un recurso de apelación. Necesidad, por razones de urgencia, de completar la Sala de dicha Sección para la sustitución de un Magistrado. Inadmisión del recurso de alzada promovido contra

dicho acuerdo al tratarse de un acuerdo de naturaleza jurisdiccional. STS de 26 de enero de 2012 (RC 399/2010).

“(…) Para la resolución del recurso interpuesto debe precisarse, como punto de partida, que de las sentencias de esta misma Sala de 14 de septiembre de 2006 -recurso 92/2003- y 8 de abril de 2009 –recurso 197/2006- y del Auto del Pleno de la Sala 3ª de 26 de febrero de 2008 se desprenden, como más significativos, los siguientes criterios jurisprudenciales de directa incidencia en la cuestión planteada:

1º) La determinación del número de Magistrados de una Sala que han de concurrir o quórum exigido para la válida adopción de las correspondientes resoluciones viene establecida en normas de carácter procesal, como es el caso de los artículos 15 y 16 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2º) Se trata de reglas procesales que disciplinan la válida constitución de los órganos jurisdiccionales colegiados para cada acto procesal, que atañen a la ordenación y desarrollo de un concreto proceso, así como a la adecuada conformación de los elementos subjetivos del mismo.

3º) Las anteriores normas procesales se plasman en la correspondiente resolución jurisdiccional, que ha de darse a conocer convenientemente a las partes, al objeto de que puedan reaccionar si estiman concurrentes determinadas causas de recusación y de que puedan hacer valer, en su caso, cualquier supuesta ilegalidad mediante la articulación de los recursos procesales ordinarios o extraordinarios.

En este orden de razonamientos, deben ser mencionados los artículos 12 y 176.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que han sido objeto de interpretación por reiterada y constante jurisprudencia de la Sala, contenida principalmente en las sentencias de 17 de julio de 1998 –recurso 398/1996-, 8 de junio de 1999 –recurso 146/1995-, 12 de junio de 2000 –recurso 773/1996-, 29 de mayo de 2001 –recurso 580/1998-, 7 de febrero de 2002 –recurso 453/1999-, 22 de mayo de 2003 –recurso 471/2001-, 7 de diciembre de 2004 –recurso 41/2002-, 11 de marzo de 2005 –recurso 239/2001-, 28 de abril de 2006 –recurso 38/2005-, 27 de septiembre de 2007 –recurso 310/2004-, 13 de marzo de 2008 –recurso 318/2004-, 9 de junio de 2009 –recurso 226/2006-, 16 de diciembre de 2010 –recurso 656/2009- y 24 de febrero de 2011 –recurso 81/2010-.

Según las expresadas sentencias, la idea de cuestión jurisdiccional, “como territorio exento de cualquier interferencia del Consejo General del Poder Judicial”, se refiere al ámbito de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que atribuye el artículo 117.3 de la Constitución a los Juzgados y Tribunales con carácter exclusivo y excluyente. De esta forma, una vez adoptada por los Órganos jurisdiccionales una determinada decisión judicial –o incluso estando pendientes de adoptarla-, no puede dicho Consejo General intervenir en el que sea o haya de ser contenido de esa función jurisdiccional.

SEXTO.- Como consecuencia de aplicar la precedente doctrina jurisprudencial al supuesto controvertido, resulta incuestionable que el acuerdo anteriormente referenciado de la Presidencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con independencia de la forma en que se materializó y de las concretas circunstancias que

motivaron su adopción, reviste carácter jurisdiccional y no gubernativo ni formalmente administrativo, lo que implica las siguientes consecuencias jurídicas:

1º) No está sujeto a Derecho administrativo, ni, por consiguiente, es revisable en sede de recursos administrativos con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que carecen de fundamento las distintas citas contenidas en el escrito de demanda sobre los artículos 103 de la Constitución y 28, 55 y 62 de la mencionada Ley Procedimental Administrativa Común.

2º) Forma parte del correspondiente proceso jurisdiccional, tanto en sus aspectos objetivos como formales, en cuanto que se incardina en el ámbito de ese proceso y va dirigido a la sustanciación de las pertinentes actuaciones jurisdiccionales y a la ulterior resolución de las mismas, por lo que su fiscalización debe realizarse en estrictos términos jurisdiccionales, dado su inequívoco carácter procesal y no existe base normativa alguna –ni constitucional ni legal- para que, como pretende el recurrente, el Consejo General del Poder Judicial pueda revisar una determinada actuación de naturaleza jurisdiccional.

3º) En definitiva, el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al Presidente del respectivo Tribunal, en relación con el correspondiente proceso, la facultad de designar los Magistrados para completar la Sala de que se trate, y lo hace no de forma arbitraria, sino conforme a unos criterios preestablecidos, en los términos preceptuados en dicho artículo de la propia Ley Orgánica Judicial.

La apuntada facultad atribuida al Presidente del Tribunal se traduce en una decisión de naturaleza procesal y, como tal, afecta directamente a la fijación del Juez predeterminado por la Ley (artículo 24.2 de la Constitución) y la corrección jurídica de esa decisión ha de enjuiciarse en el específico ámbito del proceso judicial al que pertenece, y no en un contexto procedimental como es el propio del Consejo General del Poder Judicial, completamente ajeno al estrictamente jurisdiccional” (FD 5º y 6º).

4.4.3.- Remisión de un Juzgado a otro del conocimiento de un asunto.

Acuerdo del Juez Decano de los Juzgados de Pontevedra desestimatorio del recurso gubernativo planteado contra Diligencia del Secretario de un Juzgado de 1ª Instancia que decidía remitir al Juzgado de Guardia un juicio de faltas con motivo de la entrada en vigor de nuevas normas de reparto. Cuestión de naturaleza jurisdiccional y no gubernativa. Falta de competencia de los Jueces Decanos. STS de 27 de enero de 2009 (RC 124/2006).

“(…) En definitiva lo que no puede negar el actor es que se estaba ante la impugnación de una diligencia de un Secretario, que tenía el respaldo de una resolución judicial -la del Juzgado de Instancia nº 3 de Pontevedra- que decidía la inhibición del conocimiento del asunto, un juicio de faltas el nº 3/2005, ya repartido y pendiente de decisión. Se estaba pues, ante la ejecución de una resolución judicial, que a su vez determinó el conocimiento del asunto por otros Juzgados, que al efecto hicieron pronunciamientos judiciales sobre aquel juicio. Pudo esa diversidad de conocimientos plantear una cuestión de competencia, pero todo ello son temas jurisdiccionales a resolver por los cauces procesales pertinentes, pero claro es, ajenos a los de carácter

gubernativo en que se mueve la actividad de los Decanatos en materia estricta de reparto” (FD 4°).

Otros recursos contra acuerdos sobre reparto de asuntos, STS de 7 de abril de 2009 (RC 199/2007) y de 21 de julio de 2009 (141/2007).

4.5.- CASUÍSTICA.

4.5.1.- Elección de concretas plazas para su cobertura por aspirantes que superen pruebas para la especialización.

La potestad de organización del CGPJ comprende la elección de las plazas que, entre todas aquellas que se encuentran vacantes, se ofertarán para su cobertura por aspirantes que superaron pruebas de especialización en caso de que los seleccionados sean menos que el total de vacantes desiertas. Límites aplicables: arbitrariedad y desviación de poder. STS de 30 de abril de 2012 (RC 726/2011).

(...) Por otra parte, en contra de lo que afirma la demanda, la potestad de organización que tiene el Consejo General del Poder Judicial sí se extiende a decisiones como la que ha tomado en este caso. Es decir, comprende la de elegir qué plazas se ofrecerán para que sean destinados a ellas los aspirantes que han sido propuestos por el tribunal calificador de unas pruebas de especialización cuando sean menos los seleccionados que el número de vacantes desiertas tras el correspondiente concurso de traslado.

Es éste, precisamente, uno de los ámbitos en los que se proyecta dicha facultad y supone elegir cuáles de las vacantes existentes han de cubrirse antes cuando no sea posible que se provean todas por ser menos los propuestos que aquéllas. Así, lo ha reconocido esta Sala en sentencias de 24 de enero de 1997 (recurso 321/1993) y 4 de marzo de 2003 (recurso 156/2001).

Ciertamente, en cuanto potestad discrecional está sometida a los límites que son propios de este tipo de facultades. Por tanto, podrá ser combatida si descansa en presupuestos de hecho que no se corresponden con la realidad, lleva a consecuencias irracionales, infringe principios generales del Derecho, en especial el de interdicción de la arbitrariedad o incurre en desviación de poder” (FD 5°).

4.5.2.- Exclusión de guardias a Juzgado dedicado a ejecuciones penales.

Acuerdo del Pleno del CGPJ inadmitiendo recurso de alzada contra acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ. No atribución de guardias a un Juzgado de menores al estar dedicado exclusivamente a ejecuciones. El titular del Juzgado no tiene derecho a participar en las guardias sino a desempeñar las funciones propias del órgano judicial. STS de 5 de octubre de 2009 (RC 167/2008).

“(…) En efecto, el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no es contrario al ordenamiento jurídico y el Sr. Embid Marco no tiene el derecho a prestar el servicio de guardia que reivindica.

Empezando por esto último, hay que señalar que los jueces y magistrados, al igual que cualesquiera otros titulares de cargos públicos tienen el derecho y el deber de ejercer las funciones que corresponden a los concretos cargos que desempeñan, con las consecuencias administrativas y económicas correspondientes. Aplicada esta regla al caso significa que el titular del Juzgado de Menores nº 7 de Madrid tiene que cumplir

los cometidos propios del mismo. Cometidos que, desde su entrada en funcionamiento y conforme a lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por decisión del Consejo General del Poder Judicial, han sido exclusivamente de ejecución de las resoluciones de los Juzgados de Menores. Esta circunstancia establece una diferencia relevante con los demás Juzgados de esta clase de Madrid y justifica que la Sala de Gobierno decidiera, acogiendo la propuesta de la Junta Sectorial, excluirlo del servicio de guardia.

Así, pues, las funciones que el Sr. Embid Marco tiene derecho a ejercer, mientras sea titular del Juzgado de Menores nº 7 son las que se le han encomendado sin que forme parte de su estatuto jurídico un derecho a realizar guardias si el órgano judicial del que es titular, por acuerdo de los órganos competentes para decidirlo, no está llamado a intervenir en ellas. Y esto es lo que sucede: la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró adecuado --no por propia iniciativa sino por haberlo pedido la Junta Sectorial de Jueces-- establecerlo así. Debe repararse en que el mismo artículo 41.1 del Reglamento 1/2005 alegado por el actor contempla expresamente la posibilidad de que un Juzgado determinado sea excluido del turno de guardia sin que se precise por cuanto tiempo. Por tanto, está claro que mientras perdure esa situación ni realizará guardias, ni su titular podrá reclamar ningún derecho a las mismas, ni se le podrá exigir que las haga. De otro lado, como quiera que la demanda se refiere a la igualdad del recurrente con los restantes jueces de menores de Madrid, debemos resaltar que, en tanto las tareas que se realizan en los otros Juzgados son distintas a las del nº 7, esa igualdad no existe desde el punto de vista funcional. Razón ésta que hace no aplicable el artículo 62.1, siempre del Reglamento 1/2005, pues no es la misma la situación de este último que la de los demás”(FD 5º).

4.5.3.- Remisión de las listas profesionales para la designación judicial de peritos.

Acuerdo del Pleno modificando la Instrucción sobre remisión de las listas profesionales para designación judicial como peritos. Solicitud de listados de peritos de todas las asociaciones profesionales, corporaciones, y colegidos no oficiales que existan en la demarcación en los casos en que no sea requisito imprescindible para el ejercicio profesional de la pericia solicitada la colegiación obligatoria o existan distintas titulaciones y/o profesiones susceptibles de realizarla de forma adecuada. No existe preferencia de los colegios profesionales sobre el resto de entidades. STS de 26 de julio de 2012 (RC 510/2010).

“(…) La cuestión principal a resolver aquí, según resulta del planteamiento de la demanda que ha quedado expuesto, es la siguiente: si para la elaboración de la lista de peritos a que hace referencia el artículo 341 de la LEC tienen preferencia absoluta los Colegios profesionales aun en el caso de que se trate de pericias que no exijan titulación oficial ni colegiación obligatoria, y en términos tales que únicamente podrá acudir a otras entidades en defecto de tales Colegios.

[...]

I.- Como ya esta Sala y Sección ha declarado en sus sentencias de 3 de marzo de 2010 (Recurso 299/2008) y 21 de septiembre de 2011 (Recurso 311/2010), en la materia relativa a la designación judicial de peritos en los procesos jurisdiccionales puede diferenciarse «un aspecto jurisdiccional, que concierne a la designación de la persona concreta que habrá de actuar como perito en un proceso determinado (acto

procesal de indudable trascendencia, por estar implicado el esencial valor de la imparcialidad), y un aspecto meramente gubernativo, cuyo alcance o contenido no es sino el puramente instrumental de establecer el elenco de personas al que habrá de acudir para realizar dicha designación».

Tras lo anterior, debe subrayarse que el artículo 341 de la LEC, en lo que dispone sobre las organizaciones a las que se puede acudir para confeccionar la lista de peritos, no regula esa primera actuación estrictamente jurisdiccional «sino la segunda puramente gubernativa que también ha sido mencionada, y esto porque los requerimientos o llamadas que se hagan a dichas organizaciones tienen únicamente ese carácter instrumental que también antes ha sido apuntado (elaborar la lista o elenco de personas que podrán ser designadas)».

II.- El texto literal del antes transcrito artículo 341 LEC no contiene referencia alguna a si la colegiación ha de ser obligatoria o voluntaria, por lo que, según ya declaró la antes mencionada sentencia de esta Sala y Sección de 21 de septiembre de 2011, caben interpretaciones alternativas de ese precepto con iguales visos de razonabilidad.

Consiguientemente, el CGPJ, en la organización de esta actividad gubernativa, puede introducir modificaciones que respondan a una reinterpretación de ese precepto de la LEC cuando considere que su hermenéutica inicial fue incorrecta o inexacta.

Y eso es lo que se advierte en la modificación que introduce en la Instrucción 5/2001 el Acuerdo de 28 de octubre de 2010 aquí recurrido, pues lo que a través de ella se hace, en lo referente a los listados de peritos, es seguir soluciones distintas según que la pericia exija o no una titulación de colegiación obligatoria.

III.- Esta nueva interpretación de la LEC contenida en el acuerdo recurrido no puede considerarse, por tanto, una innovación o modificación normativa, y tampoco hay razones para considerarla desacertada.

Tiene razón en este sentido el Abogado del Estado en lo que viene a razonar sobre que esta nueva interpretación resulta más acorde con la liberalización en el sector inmobiliario introdujo el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, y con los objetivos tanto de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, como de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior (que incorporaron parcialmente al Derecho español la Directiva 2006/123/ce del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior).

Y también la tiene en lo que paralelamente argumenta sobre que la existencia de un colegio que agrupe voluntariamente a titulados que puedan ejercer de modo no excluyente una actividad no puede ser un muro que excluya esa misma actividad a otros profesionales que legalmente estén habilitados para su ejercicio” (FD 3º y 4º).

En relación con recursos sobre la confección de las listas de peritos sin titulación oficial antes de la modificación por acuerdo del Pleno, de 28 de octubre de 2010, de la Instrucción 5/2011, STS de 3 de marzo de 2010 (RC 299/2008); de 27

de mayo de 2011 (RC 616/2009); de 6 de julio de 2011 (RC 421/2010 y 527/2010) y de 21 de septiembre de 2011 (RC 311/2010).

4.5.4.- Constitución de Juzgado.

Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial por el que dispone la constitución del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra en la ciudad de Vigo. Inexistencia de vulneración de competencias de la Comunidad Autónoma. La potestad conferida por el artículo 269.2 LOPJ no supone ni modificación de la demarcación judicial ni va referida a la fijación de la Sede del órgano judicial. Distinción entre sede del Juzgado y lugar de su constitución. STS de 31 de marzo de 2011 (RC 625/2009).

“(...) Dando ya contestación al planteamiento contenido en los fundamentos de fondo, conviene anteponer el análisis del segundo, en el que se alega vulneración de las competencias de la Comunidad Autónoma, reguladas en el art. 20.1º y 2º de su Estatuto de Autonomía.

En realidad la alegación tiene más que ver con la impugnación indirecta del Real Decreto que con el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, y basta que nos remitamos a lo que se ha dicho en el fundamento anterior, para rechazarla.

Pero en todo caso conviene añadir que la alegación resulta inconsistente, para lo que basta advertir que aquí la competencia cuestionada la ejerce el Consejo General del Poder Judicial, no el Gobierno, con base en el Art. 269.2 de la LOPJ, con lo que en modo alguno esta concernida en ella ninguna competencia de la Comunidad Autónoma. Por lo demás, esta tuvo intervención en el expediente administrativo tramitado para la adopción del acuerdo, y, pese a ser la titular de la competencia, cuya vulneración denuncia el Colegio de Abogados, no suscitó cuestión alguna al respecto, lo que es por demás significativo de la carencia de base del planteamiento del recurrente, que, por lo visto, se muestra más celoso de la defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma que su propio titular.

La potestad especial regulada en el Art. 269.2 de la LOPJ no supone ni una modificación de la demarcación judicial, regulada en el art. 35 de la LOPJ, ni por tanto está concernida la competencia de la Comunidad Autónoma regulada en el apartado 2º del art. 20 del su Estatuto de Autonomía, ni se refiere a la fijación de la Sede del órgano judicial, regulada en el art. 8.2º de la Ley de Demarcación y Planta Judicial. Así lo evidencia el hecho de que el art. 269.2 LOPJ se refiera a la constitución del órgano "en población distinta de su sede". Tal precisión implica que la ley distingue entre la sede del Juzgado y el lugar (distinto) de su constitución.

Podría quizás pensarse en que la ley, cuando distingue entre el lugar de constitución de un órgano judicial y su sede, introduce un cierto grado de artificio; pero la Ley es la que es, y la claridad del precepto del art. 269.2 LOPJ no puede desconocerse, tratándose de oponer a la legitimidad del ejercicio de la facultad que en él se consagra, la regulación genérica referible a la sede de los órganos jurisdiccionales, para con base en ella reclamar la necesidad, ex art. 8º Ley de Demarcación y Planta, de una Ley autonómica.

El planteamiento del recurrente en este punto no es, pues, aceptable.

[...]

En todo caso debe admitirse que toda la amplia cita normativa expuesta en el Fundamento se asienta en una concepción global errónea de la recurrente. Esta no tiene en cuenta que el art. 269.2º de la LOPJ es de por sí una norma especial, que, como tal, tanto en cuanto a la ubicación física del órgano concernido, cuanto a la delimitación de los asuntos a despachar por él, prima sobre las normas de carácter general rectoras de la planta, de la demarcación y de la sede de los órganos jurisdiccionales. Creado un órgano judicial con arreglo a la normativa general rectora de la planta judicial, la de demarcación y la de la sede (a cuyas normas se refiere el fundamento que analizamos) el Art. 269.2 LOPJ establece la posibilidad de un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de constitución "en una población distinta de la de su sede, para despachar los asuntos correspondientes a un determinado ámbito territorial comprendido en la circunscripción de aquellos". Por ello un acuerdo tal ni modifica la demarcación judicial ni la sede (por más que, quizás, en un plano de pura especulación intelectual, pueda considerarse artificioso, decir -pero lo dice la ley-, que un órgano que se ubica en una localidad no tenga en ella su sede).

Se debe llamar la atención además de que la creación de un órgano judicial es algo distinto del acuerdo de que, después de creado con arreglo al sistema normativo vigente, (lo que no ha sido objeto de impugnación alguna en este caso), se constituya para su actuación en lugar distinto del de su sede.

Creación de un órgano judicial, y constitución para su actuación en una determinada población, son conceptos legales distintos en el sistema de la LOPJ, que el Colegio demandante confunde en su argumentación, incurriendo con ello en una distorsión del planteamiento adecuado (así cuando en el hecho segundo de la demanda se dice que «el RD 167/2009...en su artículo 6 ha creado y constituido, entre otros, el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Pontevedra»), que da lugar a deslizamientos conceptuales desde la normativa rectora de esa especial constitución a la normativa genérica sobre la creación, con su correlato de la demarcación y de la sede.

Así pues, no refiriéndose el acuerdo impugnado a nada que afecte ni a la planta, ni a la demarcación ni a la sede de los órganos jurisdiccionales, ninguna de las vulneraciones alegadas en relación con preceptos rectores de la demarcación y de la sede pueden ser aceptadas” (FD 6º Y 7º).

Sobre la constitución del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra en Vigo también se han pronunciado la STS de 28 de octubre de 2010 (RC 618/2009).

Sobre la creación del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra, STS de 16 de abril de 2009 (RC 337/2005).

4.5.5.- Objeción de conciencia de Juez.

Acuerdo del CGPJ denegando el derecho a la objeción de conciencia del juez encargado del registro civil respecto de los expedientes matrimoniales de personas del mismo sexo. STS de 11 de mayo de 2009 (RC 69/2007).

“(…) De la objeción de conciencia y del derecho a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución se ha ocupado recientemente el Pleno de esta Sala Tercera en las sentencias de 11 de febrero de 2009 (recursos de casación 905, 948, 949 y 1013/2008). En ellas, como vamos a ver, se afrontan las cuestiones principales suscitadas en este proceso y se rechaza que tenga cabida en nuestro ordenamiento

constitucional un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la Ley y que pueda sustentarse en el citado artículo 16 de la Constitución.

Los argumentos que llevaron a ese pronunciamiento son los que, a continuación, se recogen y, como se verá, responden a los argumentos esgrimidos por el recurrente.

[...]

Ciertamente, las sentencias de 11 de febrero de 2009 no excluyen de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. No obstante, apuntan que ha de tratarse de supuestos en los que afloren conflictos semejantes al que se produce en aquellos en que la Constitución o el Tribunal Constitucional, al interpretarla, han reconocido el derecho a objetar. Es decir, casos en los que se perciba con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes públicos de significación tan acusada como el de prestar el servicio militar obligatorio o el de intervenir en la práctica del aborto en los supuestos despenalizados.

SÉPTIMO.- *Fácilmente se desprende de la exposición que se acaba de hacer que la aplicación de las anteriores consideraciones es suficiente para rechazar los principales argumentos con los que el Sr. de la Rubia Comos sostiene sus pretensiones.*

No obstante, conviene completar cuanto se ha dicho con unas consideraciones adicionales sobre varios aspectos en los que insiste el recurrente.

[...]

En cuanto a las sentencias constitucionales indicadas hay que decir que protegen la libertad religiosa en su vertiente negativa. Es decir, amparan el derecho de los recurrentes a no verse obligados a participar en actos de trascendencia religiosa, como lo eran honrar a la Virgen de los Desamparados o acompañar durante la estación de penitencia a la Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús el Rico. Participación, que era absolutamente ajena a los deberes propios de los miembros de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así, no sólo son distintos los hechos contemplados en esas sentencias 177/1996 y 101/2004 y los que se dan en este caso, sino que también es diferente la calificación jurídica que merecen.

En efecto, al juez encargado del Registro Civil no se le exige el cumplimiento de deberes ajenos a su función registral ni, mucho menos, participar en actos de trascendencia religiosa. La labor que debe realizar es de carácter técnico-jurídico y está prescrita en la Ley. Por tanto, ni desde el punto de vista fáctico, ni desde el doctrinal cabe hablar de precedente aplicable a este supuesto.

Sobre la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 23 de abril de 2005,

[...]

No cuesta trabajo advertir que la mención a la objeción de conciencia se efectúa en el contexto de una argumentación a mayor abundamiento y ajena a la ratio

decidendi, se limita a reiterar lo que sobre la misma dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985 y a formular una afirmación abstracta en términos negativos que se limita a no excluir el derecho que a la misma podría corresponder a los profesionales sanitarios afectados, reconociendo, sin embargo, que no es aplicable al supuesto enjuiciado.

Así, pues, esta sentencia no aporta elementos relevantes para resolver el litigio que nos ocupa.

OCTAVO.- *El artículo 9 del Convenio de Roma dice así:*

"Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión, o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

Se aprecia fácilmente que no está reconociendo un derecho a la objeción de conciencia como afirma el recurrente. Habla el precepto de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en unos términos que ha seguido el artículo 16 de la Constitución española. Por tanto, de aquí no resultan argumentos adicionales.

Tampoco los ofrece la sentencia del caso Cosans y Campbell pues en ella se trataba sobre el castigo corporal previsto en el sistema educativo escocés y su incidencia sobre los derechos reconocidos por los artículos 3 del Convenio y 2 del Protocolo nº 1. El Tribunal de Estrasburgo, dado que los hijos de las recurrentes no llegaron a padecer esos castigos, no apreció lesión del derecho a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3).

NOVENO.- *Finalmente, sobre la sumisión a la Ley de los poderes públicos, importa recordar, como lo hace el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que la Constitución es particularmente rotunda. La impone con carácter general en su artículo 9.1 para, después, reiterarla a lo largo de su articulado respecto de los distintos órganos que establece. Reiteración señaladamente vigorosa para los jueces y magistrados, que dice el artículo 117.1, están sometidos "únicamente al imperio de la Ley". Antes, los artículos 97 y 103.1 la han impuesto, respectivamente, para el Gobierno y las Administraciones Públicas, también con especial fuerza para éstas pues su sujeción a la Ley y al Derecho ha de ser plena. Sabemos, asimismo, que, según ha explicado el Tribunal Constitucional, ese artículo 9.1 y, en general, los preceptos que sujetan a los poderes públicos a la legalidad, los vinculan no sólo negativamente sino, también, de forma positiva de manera que, además de prohibirles actuar contra las leyes, únicamente les permiten hacerlo cuando cuentan con habilitación del legislador (sentencias 119/1990 y las que en ella se citan).*

Por tanto, si uno de los rasgos distintivos de la posición de los miembros de la Carrera Judicial, en tanto ejercen la potestad jurisdiccional o aquellas otras funciones que el artículo 117.4 de la Constitución autoriza al legislador a encomendarles, es su sumisión única a la legalidad en el doble sentido que se ha dicho, está claro que no pueden dejar de cumplir los deberes que emanan de la misma a falta de previsión expresa que se lo autorice. En caso contrario, se resentiría esencialmente la configuración del Poder Judicial y la función de garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el constituyente le ha confiado.

Aquí reside lo determinante de este pleito. Frente a ello, carecen de trascendencia otros aspectos que se han mencionado. En efecto, no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan -- independencia, imparcialidad, responsabilidad-- en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa”(FD 6º, 7º, 8º y 9º).

II.- CORTES GENERALES.

1.- PERSONAL.

1.1.- Jornada de trabajo de los ujieres del servicio nocturno.

Distinción entre jornada de trabajo y horario. Derecho a disfrutar anualmente de festivos para que sus horas efectivamente trabajadas no superen las que realizan los restantes funcionarios. Se tomará en consideración el resultado anual de las horas efectivamente trabajadas por cada colectivo con distintos horarios para decidir el número de días festivos (adicionales a los domingos) que anualmente corresponde individualmente a cada funcionario. STS de 4 de octubre de 2010 (RC 299/2009).

“(…) La sentencia de esta misma Sala y Sección de 17 de diciembre de 2008 (Recurso 397/2006), dictada en materia no coincidente con la aquí debatida pero relacionada en algunos de sus aspectos, señaló que en materia de tiempos de trabajo y descansos debía hacerse una distinción entre jornada laboral (anual, mensual o semanal) y horario, y añadió que la primera lo que expresa es el número de horas de trabajo efectivo que ha de realizarse en un determinado período de tiempo (semana, mes o año) y lo segundo los concretos días naturales en que se distribuye o realiza esa jornada.

También resaltó que esa distinción la principal consecuencia que genera es que funcionarios o trabajadores con idéntica jornada anual y diferente horario realicen su trabajo durante un número diferente de días naturales a lo largo del año.

Esa distinción ha de tenerse presente para resolver la concreta cuestión planteada en el actual proceso y, junto a ella, debe tenerse en cuenta también todo lo siguiente:

*1.- Si se analizan y contrastan entre sí los diferentes horarios establecidos en las antes mencionadas **NORMAS SOBRE JORNADA Y HORARIO DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS DE LAS CORTES GENERALES** (de 11 de julio de 1995), se comprueba, por una parte, que hay funcionarios que tienen jornadas semanales siempre de la misma duración de 35 horas y, además, en cada una de sus semanas laborables, esas 35 horas se distribuyen entre el mismo número de días (es el caso de la jornada y horario en las Secretarías Generales que establece la norma segunda).*

Y, por otra, que los Ujieres de servicio nocturno, en razón de su horario especial, alternan una "semana larga" de 50 horas, distribuidas en cinco días (lunes, miércoles, viernes, sábados y domingos), y una "semana corta" de 20 horas distribuidas en dos días (martes y jueves), de manera tal que el módulo de las 35 horas semanales es para ellos el promedio resultante de hacer el cómputo cada dos semanas y no el número de las efectivamente trabajadas en cada semana concreta.

2.- A pesar de tratarse de colectivos funcionariales que tienen establecido el mismo módulo de jornada semanal de 35 horas (en uno son las que de manera igual realizan efectivamente cada semana, y en el otro son el promedio que resulta del cómputo bisemanal que conlleva su horario especial), los distintos horarios que tienen establecidos uno y otro colectivo pueden dar lugar a que se produzca para ellos un diferente resultado sobre los días, distintos de los domingos, que son definidos como festivos en el calendario anual; esto es, que a un colectivo tales festivos les coincidan con días que sean de trabajo efectivo, según su horario, y al otro colectivo con días que sean de descanso, según el diferente horario que le es aplicable.

3.- Ese descanso adicional a los domingos que es reconocido con carácter general en el calendario laboral, consistente en 17 festivos anuales (en el ejercicio de 2008) según reconocen ambas partes litigantes, debe ser igual para todos y no puede variar en función del diferente horario en que se distribuya ese mismo módulo semanal de 35 horas establecido para fijar la jornada laboral exigible.

Así debe ser porque, siendo claro el propósito de esas "NORMAS" de que el resultado del tiempo de trabajo efectivamente realizado sea el mismo para todos los funcionarios que tienen establecida una jornada con idéntica duración, y con independencia del diferente horario que resulte de aplicación, otra solución significaría establecer una situación de desigualdad derivada del puro azar de la coincidencia del festivo; y esto último, en cuanto carente de una suficiente justificación racional, debe considerarse discriminatorio por contrario al artículo 14 de la Constitución.

CUARTO.- *La evitación de ese resultado discriminatorio sólo es posible tomando en consideración el resultado anual de las horas efectivamente trabajadas por cada uno de esos colectivos que tiene un distinto horario, y utilizarlo como el criterio principal para decidir el número de días festivos (adicionales a los domingos) que anualmente corresponde individualmente a cada funcionario.*

Y la consecuencia que deriva de lo anterior es que el recurso contencioso-administrativo debe ser parcialmente estimado en estos términos: "que el demandante tiene derecho a disfrutar anualmente el número de festivos que resulten necesarios para

que el resultado de sus horas efectivamente trabajadas en el correspondiente año no sea superior a las que realizan los restantes funcionarios de las Cortes Generales que también tienen establecida una jornada semanal de 35 horas".

En apoyo de lo anterior procede añadir que no son convincentes los razonamientos que se realizan en la resolución aquí directamente recurrida; y no lo son porque, en ella, a la hora de calcular la jornada anual que realizan los funcionarios con diferentes horarios, se parte de parámetros mensuales y semanales que son considerados en términos abstractos y no se tiene en cuenta el elemento que aquí ha de considerarse decisivo: el número de horas efectivamente trabajadas a lo largo del año por cada uno de los colectivos funcionariales que, teniendo establecida la misma jornada semanal, están sometidos para su realización a un horario diferente.

También debe subrayarse que la cuestión aquí suscitada, pese a tener algunos rasgos comunes, no es coincidente con la que sobre las vacaciones anuales se decidió en esa sentencia anterior de 17 de diciembre de 2008 que antes se mencionó.

Y esto porque lo allí decidido fue el contenido o la extensión temporal mínima que deben tener esas vacaciones según la definición que de ellas se efectuaba en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, así como la significación que había de darse a la expresión "días hábiles" incluida en dicho precepto legal; y porque en el período vacacional, al ser todos los días de inactividad laboral para el funcionario que lo disfruta, no tiene incidencia el diferente horario que se tenga establecido durante el período laboral y, por ello, no hay razones para establecer diferencias entre los dos colectivos de que se viene hablando en orden al cómputo de los días hábiles que determinan el mínimo legal de las vacaciones" (FD 3º y 4º).

1.2.-Aprobación de la Plantilla orgánica de la Secretaría general.

Posibilidad de acceso de los funcionarios del Cuerpo de Asesores Facultativos a los puestos de Director de Relaciones Internacionales y de Director de Estudios, Análisis y Publicaciones. Atendido su contenido funcional dichos puestos no tienen porqué reservarse, en exclusiva, a los funcionarios del Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales. STS de 16 de noviembre de 2009 (RC 574/2007).

"(...) El examen de las funciones que la Plantilla Orgánica ha asignado a estos dos Directores pone de manifiesto que su contenido jurídico específico es muy limitado y que lo que cualifica al puesto son las tareas de dirección, impulso, organización, coordinación y distribución de los trabajos dentro de las correspondientes Direcciones. En otras palabras, no son, según resulta de las tareas que les corresponden, asesores jurídicos. Su cometido es distinto en términos cuantitativos y cualitativos y esa circunstancia hace que las específicas referencias al asesoramiento en Derecho que incluye la descripción de sus respectivas responsabilidades, por su carácter limitado y específico, no cualifiquen el puesto. Así, pues, las funciones de estas Direcciones no exigen reservarlas a los Letrados y la existencia en ellas de Asesoría Jurídica o de puestos de asesores jurídicos desempeñados por Letrados es suficiente para atender esta faceta de sus tareas.

No es obstáculo para admitir que las desempeñen los Asesores Facultativos la mención que hace el artículo 8.1 del Estatuto de Personal a que corresponde a los Letrados "la función de dirección de la Administración Parlamentaria, asumiendo la

titularidad de los órganos correspondientes". No lo es porque, después, el apartado 3 de ese mismo precepto, como ya se ha visto, permite que accedan a la función de dirección los Asesores Facultativos en las materias de su especialidad, cuando así se prevea en las plantillas. Por tanto, estas previsiones y, singularmente, la primera no son obstáculo a lo que ha terminado haciendo esta Plantilla Orgánica porque el Estatuto, aun atribuyendo a los funcionarios del Cuerpo de Letrados la aptitud para desempeñar cualquier Dirección de la Administración Parlamentaria, permite que miembros de otros cuerpos superiores también las asuman si se dan las condiciones previstas al efecto.

Aquí, se cumple el requisito de la previsión en la Plantilla Orgánica por lo que la única duda que queda por despejar es si se da también el de corresponder estos dos puestos a las materias de la especialidad de los Asesores Facultativos. La demanda se esfuerza en resaltar la dimensión jurídica de las dos Direcciones y, fuera de destacar la idoneidad de los Letrados para encargarse de ellas así como de haber dejado constancia de algunas de las titulaciones que poseen los Asesores Facultativos, no ofrece razones por las que, visto el contenido de los dos puestos de Director y los rasgos que los cualifican funcionalmente, no puedan desempeñarlos estos últimos. En cambio, el contraste de esos rasgos con la formación que es necesaria para acceder al Cuerpo de Asesores Facultativos (artículo 10.3 del Estatuto de Personal de las Cortes Generales) permite afirmar sin dificultad que entre sus integrantes pueden encontrarse funcionarios idóneos para ser Directores de Relaciones Internacionales y de Estudios, Análisis y Publicaciones.

Esta conclusión es, por lo demás, coherente con los criterios que la jurisprudencia viene manteniendo en materia de atribuciones profesionales. Criterios presididos por la idea de apertura siempre que medie la imprescindible idoneidad [por ejemplo, entre las más recientes, las sentencias de 29, 27 y 22 de abril de 2009 (casación 6523 y 156/2005 y 10048/2004, respectivamente), 16 de marzo de 2009 (casación 9806/2004), 26 de noviembre de 2008 (casación 7230/2004) y las que en ellas se citan]" (FD 5º).

1.3.- Retribuciones.

1.3.1.- Indemnizaciones por cese de actividad parlamentaria.

Reglamento de pensiones parlamentarias. La no aplicación retroactiva de ayudas por cese hasta la nueva legislatura o indemnizaciones por cese en la función parlamentaria no vulnera el principio de igualdad. STS de 16 de noviembre de 2009 (RC 563/2008).

"(...) La Disposición final del Reglamento antes mencionado, dispone que las pensiones y la ayuda que prevé se concederán a partir del inicio de la novena legislatura, también en consecuencia a los que tengan la condición de ex parlamentarios, desde el inicio de las actividades de las Cámaras de elección democrática, y dispone en su número 3 que las restantes prestaciones entrarán en vigor el día siguiente al de la publicación del mismo en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

[...]

En consecuencia, como sostiene la demandada, la norma es general, pues se aplica a todos por igual, y las diferencias no son entre unos parlamentarios y otros, sino entre la aplicación retroactiva en un supuesto y no retroactiva en otros. Esta aplicación parcialmente retroactiva, como la posibilidad de que se estableciera en su totalidad, entra dentro de las amplísimas posibilidades de configuración de la norma.

Pero esta diferencia, aparte de las dificultades de encajarla en una supuesta discriminación alegada por el recurrente, no es tampoco irrazonable, pues es evidente que se refiere de un lado a unas indemnizatorias compensatorias de la ausencia de retribuciones por el tiempo en que cesan en su función parlamentaria hasta la próxima legislatura, y de otro lado, para aquellos que no obtienen ya en la nueva legislatura esa condición, se trata de unas indemnizaciones para ayudar a la nueva reinserción en otra actividad de quienes cesan en la condición de parlamentarios.

Es evidente que esas situaciones se dieron en su momento en el recurrente, pero también lo es que no se dan actualmente, por lo que la previsión de un beneficio prospectivo para quienes tienen la condición parlamentaria, como ocurriría igualmente en otros sectores, como la Seguridad Social, donde se reconocieran prestaciones hasta ahora desconocidas, no obligan, como consecuencia del principio de igualdad, a extender retroactivamente los beneficios establecidos a quienes en su momento no los disfrutaron” (FD 3º).

1.3.2.- Reducción de retribuciones con motivo del RDL 8/2010.

Denegación de Planteamiento de Cuestión de Inconstitucionalidad del RDL. Aplicación para desestimar las imputaciones de inconstitucionalidad del RDL de la doctrina del Tribunal Constitucional de inadmisión de otras cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos juzgados de lo laboral y de lo contencioso-administrativo. No vulneración de arts. 9.3, 14, 31, 35, 37, 86.1 y 134 CE. STS de 12 de marzo de 2012 (RC 531/2011).

“(…) Como punto de partida para proceder al estudio de las cuestiones planteadas por la recurrente en el presente recurso contencioso-administrativo, debemos destacar que la demanda comienza con una indicación de que los funcionarios de las Cortes se encuentran fuera del ámbito de aplicación del RDL 8/2010; pero luego no desarrolla el argumento de modo que centre su crítica en los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados y del Senado de fecha 15 y 16 de junio de 2010, en aplicación de los que se produjo la reducción de sus retribuciones que impugna, sino que toda su argumentación se centra en la imputación al RDL de toda una serie de infracciones constitucionales, que le llevan a suscitar, en lógica coherencia con tales objeciones, el planteamiento de Cuestión de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Siendo, pues, las resoluciones recurridas directa aplicación de acuerdos del órgano parlamentario competente para la fijación de las retribuciones, acuerdos que se refieren a la cuantía hacia el futuro de unas retribuciones que el órgano parlamentario había fijado con anterioridad, y no impugnándose dichos acuerdos, respecto de los que no se cuestiona su regularidad material ni formal, entendemos que la reducción de las retribuciones impugnadas se cuestiona exclusivamente sobre la base de la impugnación del RDL 8/2010, debiendo así limitar nuestra respuesta a los términos concretos de tal impugnación.

Esta misma Sala y Sección ha tratado en la reciente sentencia de fecha 30 de enero de 2012, dictada en el Recurso Contencioso-administrativo 209/2011, la reducción de las retribuciones impuesta por el Real Decreto-Ley 8/2012, de 20 de mayo, y no advertimos razones para dudar de la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 8/2010, en cuya virtud se han elaborado las nóminas recurridas, y a esa conclusión nos condujo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre este Real Decreto-Ley, por lo que en aras al principio de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación del derecho debemos mantener el mismo criterio” (FD 4º).

En similares términos, STS de 5, 12 y 13 de marzo de 2012 (RC 532/2010, 534/2010, 539/2010 y 535/2010, respectivamente) y de 25 de mayo de 2012 (RC 544/2010).

III.- TRIBUNAL DE CUENTAS.

1.- PERSONAL.

1.1.- Plantillas.

1.1.1.- Inactividad del Tribunal de Cuentas.

Acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas accediendo a la petición formulada por una Asociación para que determinara la naturaleza de las funciones que exija la adscripción exclusiva de puestos de trabajo a funcionarios de los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores de dicho Tribunal. Incumplimiento de lo acordado. Inactividad de la Administración. Condena al Pleno del Tribunal de Cuentas para que proceda a cumplir las obligaciones contraídas en el acuerdo. STS de 7 de mayo de 2009 (RC 557/2007).

“(…) La Asociación optó por hacer valer sus intereses mediante el ejercicio del derecho de petición. Al elegir este instrumento --que se distingue, sin duda, de las solicitudes que descansan en un derecho subjetivo o en un interés legítimo-- la Asociación asumió que estaba formulando una petición de las que se han llamado graciables. No obstante, tuvo éxito y el Pleno del Tribunal de Cuentas la tomó en consideración por entenderla fundada.

Esa decisión la adoptó libremente y lo hizo, sin duda, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, de manera que no cabe oponerla ahora a las pretensiones de que se cumpla.

La Asociación nos indica en su escrito de conclusiones que, de la Ley Orgánica 4/2001, el artículo aplicable aquí no es el 12, sino el 11.2 , cuyo tenor es el siguiente:

"2. Cuando la petición se estime fundada, la autoridad u órgano competente para conocer de ella, vendrá obligado a atenderla y a adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad, incluyendo, en su caso, el impulso de los procedimientos necesarios para adoptar una disposición de carácter general".

[...]

Pues bien, la estimación de la petición, como no podía ser de otro modo, se produce en los términos expresados por el propio Pleno del Tribunal de Cuentas en el acuerdo del que se viene hablando. Términos que suponen, por un lado, la aceptación de que es preciso proceder a la identificación de aquellos puestos que han de ser reservados en exclusiva a cada una de las categorías de funcionarios a los que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 89.2 de la Ley 7/1988. Y, por el otro, la creación de una comisión que elabore y le eleve una propuesta para llevar a efecto tales identificación y reserva y le someta cuantas cuestiones susciten esas operaciones.

Esto es lo que decidió el Pleno e, igualmente, es lo que no ha cumplido. Y la Asociación ha requerido al Tribunal de Cuentas, tal como se ha visto, para que lo haga sin obtener éxito.

[...]

Nos encontramos, por tanto, con que en virtud de unas disposiciones generales, estos artículos 3 ñ) y 91.4 y el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2001 , a raíz de la petición presentada por la Asociación, el Pleno del Tribunal de Cuentas ha asumido la obligación de determinar qué puestos de trabajo del mismo, en razón de las funciones que les corresponden, han de ser desempeñados en exclusiva por funcionarios de los cuerpos a los que se refiere el artículo 89.2 a), b) y c) de la Ley 7/1988 , para reservárselos en la Relación de Puestos de Trabajo.

El completo cumplimiento de la obligación asumida depende, obviamente, de aquella determinación de manera que puede aceptarse que, como sostiene la demanda, no hay en este caso el grado de definición del proceder omitido que concurre en las hipótesis de inejecución de un acto administrativo firme a las que se refiere el apartado 2 del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción y que, por eso, es el apartado primero el que debe aplicarse. Ciertamente, la complejidad del caso viene dada porque el resultado comprometido exige un estudio previo, pendiente de realización.

Resuelto ese aspecto del pleito, el contenido de la obligación contraída al acceder a la petición, de inmediato hay que insistir en que, desde luego, hay aquí inactividad del Pleno del Tribunal de Cuentas. En consecuencia, de acuerdo con

los artículos 25.2 y 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, el recurso de la Asociación debe prosperar”(FD 6º).

1.1.2.- Límites previstos para funcionarios de los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social.

Adjudicación por el sistema de libre designación de puesto de Subdirector Adjunto de Asesoría Jurídica, Subgrupo A1., a funcionaria de Cuerpo Superior de Administraciones Públicas y Seguridad Social. Exceso respecto de los límites establecidos en la normativa del Tribunal de Cuentas para esos funcionarios respecto a las plantillas de los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas. STS de 3 de diciembre de 2012 (RC 339/2012).

“(...) procede invertir el orden en el que la parte recurrente plantea las causas de nulidad de la resolución recurrida, e iniciar el análisis por la última, relativa a que con el nombramiento de los aspirante se vulneraba el límite de las plantillas presupuestarias, pues en el caso de que se estime la vulneración que se alega, que afecta a los dos nombramientos impugnados, es innecesario ya entrar a decidir sobre el motivo específicamente afectante a uno de ellos, no obstante lo cual también se entrará a darles respuesta.

Para resolver tal cuestión, debemos tomar como clave de nuestra exposición que la Asociación recurrente fijó como hecho en la demanda que la Ley de Presupuestos del Estado para el año 2011 fijó una plantilla de 206 funcionarios del Grupo A1, extremo que el Tribunal de Cuentas no ha negado en la contestación a la demanda, y sobre el que no ha propuesto la practica de prueba, y ello a pesar de que en la resolución administrativa se cifró en 202. La Asociación recurrente también estableció como hecho de la demanda la existencia de un número de funcionarios procedentes de los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social superior a 64 o 60, hecho igualmente no negado y sobre el que tampoco se propuso prueba.

A tenor del juego conjunto de los artículos 399.3º y 405.2º de LECiv este Tribunal Supremo considera que existe una admisión tácita de ambos hechos por el Tribunal de Cuentas, siendo pues ambos datos la base de partida para el ulterior análisis.

A la luz de estos hechos debemos examinar el artículo 89 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas que establece que:

«1. El personal a que se refiere el artículo anterior está integrado por el personal funcionario, el personal contratado y el personal eventual.

2. Son funcionarios al servicio del Tribunal de Cuentas:

a) Los integrantes del Cuerpo Superior de Letrados del Tribunal de Cuentas.

b) Los integrantes del Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas.

c) Los pertenecientes a los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social, integrados en el grupo A, con destino en el Tribunal de Cuentas, en

número que no sobrepasará el total de las plantillas de los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores de éste».

Es necesario llamar la atención sobre el límite establecido en el inciso final del apartado c) transcrito, pues en definitiva debe operar en este caso como clave de la decisión a pronunciar, a partir de los concretos datos numéricos de las respectivas plantillas.

Evidentemente establecer un límite máximo no puede equivaler a garantizar que el total de la plantilla de funcionarios concernidos por ese límite deba alcanzar ese máximo, ni que el total de la plantilla de cada uno de los dos cuerpos deba ser igual, aunque pudiera llegar a serlo, si la plantilla que fije la Ley de Presupuestos para el conjunto de funcionarios de una y otra procedencia lo permitiera.

En lo que aquí interesa la Disposición Adicional Cuarta preceptúa que:

«1. Se crean el Cuerpo Superior de Letrados del Tribunal de Cuentas y el Cuerpo Superior de Auditores del propio Tribunal, que tendrán unas plantillas presupuestarias iniciales de 50 y 75 plazas respectivamente, así como los mismos derechos, deberes y régimen retributivo».

No obstante la Disposición Adicional Decimoséptima. Tres de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, que se intitula "Modificación de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas" dispone que:

«De acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Séptima de la citada Ley 7/1988, las plantillas de los Cuerpos Superior de Letrados, Superior de Auditores y Contadores Diplomados del Tribunal de Cuentas serán de 55, 87 y 325 funcionarios, respectivamente».

Y concluye la Disposición Adicional Séptima Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas señalando que:

«Las modificaciones numéricas de las plantillas de funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas y al Cuerpo de Contadores Diplomados del mismo, se efectuarán por medio de la Ley de Presupuestos Generales del Estado».

Junto a dichos preceptos debemos tener en cuenta el artículo 14.3 de la Ley 30/1984, relativo a la Dotaciones presupuestarias de personal, y subsistente en virtud de la Disposición Derogatoria Única del EBEP, que dispone que:

«Las plantillas de los diferentes Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado, así como las del personal laboral, serán las que resulten de los créditos establecidos en la Ley de Presupuestos».

En lo que al presente caso afecta ha de tenerse en cuenta que el límite de plantillas establecido en la Ley de Presupuestos deberá operar como uno de los parámetros a tener en cuenta junto a los que resultan de las normas precedentemente citadas.

Si, pues, con arreglo a la Disposición Adicional Decimoséptima. Tres de la Ley 31/1991 antes citada el total de las plantillas de Letrados y Auditores debía alcanzar la suma fija de 142 funcionarios, ese número no podía rebajarse, según lo dispuesto en el Disposición Adicional Cuarta de la Ley 7/1988 precitada; y si la plantilla total de funcionarios del Grupo A1 era 206, según se dejó establecido antes como dato, es claro, atendidas las disposiciones legales antes citadas, que, establecido ese límite máximo, límite que lo es del conjunto de los integrantes de los apartados a), b) y c) del apartado 2 del art. 89 de la Ley 7/1988, dado que el número garantizado de funcionarios de los apartados a) y b), del citado apartado 2 del artículo 89 era de 142, el único margen restante para el nombramiento de funcionarios del apartado c) era de 64.

Asiste así la razón al recurrente, cuando afirma que solo 64 plazas pueden ser cubiertas por Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social.

El Tribunal de Cuentas efectúa una interpretación inadecuada de la normativa antes citada, pues, si bien acoge uno de los parámetros que establece el legislador para fijar la proporción de las plantillas; esto es, que los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social, integrados en el grupo A, con destino en el Tribunal de Cuentas, estarán presentes en número que no sobrepasará el total de las plantillas de los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores de éste; olvida que también está fijado legalmente en 142 el número de plazas de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas, y que están presupuestadas 206 plazas en el Tribunal de Cuentas; por lo que solo podrá haber 64 funcionarios procedentes de los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas y Seguridad Social. Y no cabe entender, por otra parte, que los preceptos referidos den cobertura a la posible situación de hecho de que por la inexistencia de la RPT la plantilla real de los funcionarios del apartado c) del apartado 2, art. 89 Ley 7/1989, pueda superar a la de los apartados a) y b), que es en realidad una de las líneas de razonamiento del Tribunal de Cuentas recurrido.

Ha de concluirse por lo expuesto que el nombramiento de los aspirantes seleccionados era contrario a la normativa citada por la Asociación recurrente, lo que resulta suficiente, según se anunció más detrás, para estimar el recurso y anular la resolución recurrida” (FD 5º).

1.2.- Proceso selectivo.

1.2.1.-Impugnación indirecta de las bases de una convocatoria.

No cabe la impugnación indirecta de las bases de la convocatoria con ocasión de la modificación puntual de las mismas. Doctrina de la Sala sobre posibilidad excepcional de impugnar las bases a través de los actos de aplicación en casos de nulidad evidente. STS de 5 de julio de 2007 (RC 416/2010).

“(…) Conviene recordar en este punto, como se sostenía en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 3 de marzo de 2005 (recurso contencioso-administrativo nº 260/2004), que es doctrina jurisprudencial consolidada (plasmada en sentencias de esta Sala de 13 de enero de 2000 , 24 de marzo de 1998 y 20 de marzo de 1995 , entre otras muchas) que la concurrencia a un proceso selectivo sin que se haya impugnado la convocatoria o alguna de sus bases impide la ulterior impugnación de la resolución que sobre el mismo recaiga por motivos relativos a posibles defectos de la convocatoria, que en su

día pudieron hacerse valer mediante el oportuno recurso contra ésta, ello con el fin de evitar que quien aceptó unas bases determinadas las impugne después cuando no resultó favorecido, quebrantando así el principio en virtud del cual las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones permanentes de selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas. No obstante, y como también señalábamos en nuestra Sentencia de 7 de enero de 2011 -recurso de casación nº 5783/2007 -, la jurisprudencia de la Sala en determinadas ocasiones ha admitido la impugnación, a través de los actos de aplicación, de las bases no recurridas en su momento, aunque esa posibilidad se ha aceptado solamente a título de excepción en aquellos casos en que era evidente la nulidad de alguno de sus extremos o su ilegalidad y trascendencia (sentencias 107/2003 del Tribunal Constitucional y entre las de esta Sala las de 25 de febrero de 2009 (casación 9260/2004), entre otras). Fuera de tal hipótesis, el criterio es el contrario.

No obstante, en el presente caso no nos encontramos ante un recurso contra un acto de aplicación, sino ante una resolución que en ejecución de otra estimatoria de un recurso de alzada modifica las bases de la convocatoria. Por tanto, el supuesto a resolver en el presente recurso difiere de lo expuesto, toda vez que se centra en determinar si resulta admisible que con motivo de una modificación de ciertos puntos de las bases de una convocatoria, pueda ser objeto de impugnación cualquier aspecto de las bases o por el contrario la posibilidad de impugnación queda limitada a los concretos aspectos en los que las mismas resultan modificadas” (FD 4º).

1.2.2.- Falta de motivación de la puntuación conferida por el tribunal calificador.

Proceso selectivo al cuerpo de Letrados del Tribunal de Cuentas. Ausencia de motivación en vía de recurso de alzada de la puntuación otorgada al aspirante que determinó su exclusión. Falta de puesta de manifiesto de la integridad del expediente del procedimiento selectivo. STS de 10 de abril de 2012 (RC 183/2011).

“(…) La resolución impugnada que confirma la decisión del Tribunal de calificación basa su decisión y admite la circunstancia de que el tercer ejercicio desarrollado dentro del proceso selectivo de oposición no fue ponderado con una motivación que superase la mera valoración numérica singularizada. Pero es lo cierto que, planteada una impugnación frente a las calificaciones numéricas, la ausencia de una valoración del ejercicio del recurrente con expresión de las razones por las que se fija la concreta puntuación por cada uno de los miembros concurrentes, determina una ausencia de motivación.

La simple expresión de una puntuación final en una parte de la oposición, excluyendo las valoraciones del ejercicio desarrollado, supone la falta de la debida motivación ante el cuestionamiento planteado ya que esa calificación no se sustenta en juicios concretos situados en el tiempo y descritos mínimamente, lo cual es inadmisibles según señala esta Sala en su doctrina jurisprudencial recogida, entre otras en las SS.T.S. de 7 de noviembre de 2011 (RC 1253/2009) y las de 18 y 2 de marzo 2011 (RRC 4278/2009 y 3512/2008).

Ello no puede suplirse en el modo seguido en vía administrativa por la mera ratificación o confirmación de la anterior resolución adoptada, máxime cuando el

Informe del Tribunal Calificador no motivó suficientemente la calificación otorgada al aspirante finalmente excluido.

Hemos de considerar, por tanto, producida la infracción denunciada del art. 54 de la LRJAPPAC. En el presente caso se impone ofrecer una motivación adecuada por parte de la Administración, de los miembros del Tribunal de calificación y de forma suficientemente justificada de los criterios seguidos en el otorgamiento de las puntuaciones del tercer ejercicio, en los términos de la Convocatoria y en la forma la reclamada por el recurrente. Todo ello sin que pueda obviarse la necesaria puesta de manifiesto al interesado de la totalidad del expediente administrativo formado con ocasión de las pruebas selectivas, según interesó en vía administrativa el aspirante, de conformidad a lo prevenido en los arts. 35 y siguientes de la citada Ley 30/1992, l.R.J.A.P.P.A.C” (FD 4º).

Sobre una cuestión similar, STS de 8 de noviembre de 2011 (RC 505/2009).

1.3.- Retribuciones.

1.3.1.- Reducción de retribuciones con motivo del RDL 8/2010.

Reducción de retribuciones impuesta por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que adoptan medidas extraordinarias para reducción del déficit público. La autonomía presupuestaria de dicho órgano constitucional no imposibilita la aplicabilidad de dicha norma jurídica al personal al servicio del Tribunal de Cuentas. Inexistencia de vicios de inconstitucionalidad. Aplicación para desestimar las imputaciones de inconstitucionalidad del RDL de la doctrina del Tribunal Constitucional de inadmisión de otras cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos juzgados de lo laboral y de lo contencioso-administrativo. No vulneración de arts. 9.3, 14, 31, 35, 37, 86.1 y 134 CE. STS de 9 de abril de 2012 (RC 259/2011).

“(…) La invocación de su autonomía presupuestaria y de su independencia en el ejercicio de sus funciones no es suficiente porque ni la una ni la otra conducen a la conclusión que defiende el recurrente pues no es incompatible con la primera el sometimiento a la Ley ni impide la segunda la aplicación a los empleados públicos del Tribunal de Cuentas de normas establecidas con carácter general para todas las Administraciones Públicas. Y las facultades de gobierno y régimen interno de dicho Tribunal tampoco se conciben al margen de la legalidad establecida. En cuanto a la inclusión de previsiones específicas para los consejeros, nos parece que, en vez de reforzar la tesis del recurrente, concurre a desautorizarla porque no supone más que poner de manifiesto el mismo tratamiento para ellos que el dedicado a los miembros de los demás órganos constitucionales y de relevancia constitucional. En definitiva, si en el mencionado recurso 531/2010 no apreciamos en la demanda argumentos que justificaran la inaplicabilidad del Real Decreto-Ley 8/2010 a los funcionarios de las Cortes Generales, lo mismo hemos de decir ahora a propósito del personal al servicio del Tribunal de Cuentas.

Establecido su sometimiento a las prescripciones de las normas con fuerza de Ley contenidas en esa disposición y confirmada por el Tribunal Constitucional, según veremos a continuación, la constitucionalidad de modificar mediante un Real Decreto-Ley la de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado en vigor, los

argumentos formales del recurrente han de decaer. Ni las manifestaciones de la autonomía propia del Tribunal de Cuentas ni lo establecido en sus relaciones de puestos de trabajo son obstáculos a la aplicación a su personal de la reducción de las retribuciones en los términos conocidos. La mejor prueba de todo ello, es que ese órgano no ha puesto ningún obstáculo al respecto sino que, por el contrario, ha llevado a cabo con diligencia esa disminución, entendiéndose, por tanto, que el Real Decreto-Ley 8/2010 es aplicable tanto a los miembros del Tribunal de Cuentas cuanto al personal a su servicio” (FD 4º).

En similares términos, STS de 30 de enero de 2012 (RC 209/2011) y de 2 y 5 de marzo de 2012 (RC 144/2011 y RC 564/2011).

V.- JUNTA ELECTORAL CENTRAL Y RECURSOS CONTENCIOSO - ELECTORALES.

1.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES.

1.1.- Legitimación.

Instrucción 4/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, de interpretación del artículo 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en lo relativo a las garantías de respeto a los principios de pluralismo, igualdad,

proporcionalidad y neutralidad informativa por los medios de comunicación en periodo electoral. Legitimación. Recurso promovido no sólo por Colegios profesionales sino también por informadores de distintos medios de titularidad pública. Interés legítimo. STS de 2 de julio de 2012 (RC 302/2011).

“(…) Este recurso vuelve a plantear problemas sobre los que esta Sala ya se ha pronunciado. Ciertamente, ahora se suscitan por recurrentes en parte distintos, respecto de una Instrucción nueva y con algunos argumentos diferentes a los que se hicieron valer con anterioridad, en especial, en el recurso 161/2008. Por eso, este proceso, no es una simple repetición del precedente resuelto por la sentencia de 19 de octubre de 2009. Por eso, también, tendrá una solución parcialmente distinta aunque sobre el fondo el pronunciamiento será desestimatorio.

En efecto, este recurso es admisible porque no apreciamos la falta de legitimación que afirman los recurridos.

A diferencia de lo sucedido en el recurso 161/2008 en que los actores eran solamente el Col·legi de Periodistes de Catalunya, la Asociación de la Prensa de Madrid y el Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia, en este caso, recurren informadores de distintos medios de titularidad pública, dedicados profesionalmente, según afirman y no se ha negado en el proceso, entre otras tareas, a la información política, y el propio Col·legi que, nos dice, los representa también. Esa circunstancia es particularmente relevante porque, efectivamente, cuanto se refiere al contenido de los planes de cobertura informativa de la campaña electoral sí incide en su labor profesional y, por tanto, les hace portadores de un interés legítimo para combatir los excesos o infracciones en que dichos planes puedan incurrir, empezando por el tratamiento que les da la Instrucción. Y lo mismo ha de decirse del Col·legi en tanto actúa en defensa de sus colegiados.

No cabe, pues, como solicitan las contestaciones a la demanda, aplicar aquí el mismo criterio que seguimos en la sentencia de 19 de octubre de 2009, dictada en el citado recurso 161/2009 porque allí no se estableció la relación concreta entre informadores de los medios de comunicación de titularidad pública y la actuación impugnada que sí se ha dado en este caso” (FD 5º).

1.2.- Competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Competencia de la Sala para conocer del recurso promovido frente a un acuerdo de la Junta Electoral Central en relación con el régimen de sustituciones de un cargo representativo local perteneciente a EAE/ANV. Competencia de la Sala Tercera por no tratarse de cuestión que afecte a la ejecución de la sentencia de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ que declaró la ilegalidad de dicho partido político.

“(…) En relación con la causa de inadmisibilidad del recurso postulada por la representación procesal de la Junta Electoral Central y por el Ministerio Fiscal, se debe señalar, en primer lugar, que en el presente recurso se enjuicia la legalidad de un Acuerdo de la Junta Electoral Central en relación con el régimen de sustituciones de un cargo representativo local, por lo que, en principio, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.3.a) de la Ley Jurisdiccional, constituye un asunto competencia de esta Sala.

Lo anterior no debe verse alterado por el hecho de que dicho representante electo lo fuera por una candidatura presentada por un partido político que, con posterioridad, fuera ilegalizado y disuelto por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya que, por un lado, el Acuerdo recurrido en las presentes actuaciones ni cita ni se refiere en modo alguno a la sentencia de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que declaró la ilegalidad y disolución de EAE/ANV sino que se basa en lo resuelto mediante auto por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, previa consulta de la Junta Electoral Central, en relación con un supuesto anterior de sustitución de concejal municipal de dicha formación política y porque, de otro lado, no se puede compartir el argumento de que, tal sustitución, por el hecho de ir referida a un representante electo de una candidatura presentada por dicho partido ilegalizado y disuelto se sitúe dentro de la órbita de la ejecución de la sentencia de 22 de septiembre de 2008, por cuanto, al tiempo de adoptarse el Acuerdo recurrido en las presentes actuaciones, no existía previsión legal de que la disolución judicial de un partido político produjera efecto alguno sobre el concreto estatus o condición individual de los representantes ya electos.

En relación con lo anterior, debemos destacar lo manifestado por la propia Sala Especial que, en ejecución de su sentencia de fecha 27 de marzo de 2003 – por la que declaró la ilegalidad y disolución de los partidos políticos HERRI BATASUNA, EUSKAL HERRITARROK y BATASUNA y el cese de toda clase de actividad por su parte – dictó auto de 20 de mayo de 2003 que, declarando la disolución del grupo parlamentario Grupo ARABA, BIZKAIA ETA GUIPUZKOAKO SOCIALISTA ABERTZALEAK (ABGSA), afirmaba en su Fundamento de Derecho segundo que: “(...) Al quedar, por tanto, la actividad política del Grupo Parlamentario (en cuanto manifestación específica del género ("actividad política") vinculada al Partido Político de que en cada caso se trate, la conclusión que se impone es que la declaración de ilegalidad de éste, su consiguiente disolución y el acuerdo de cese de sus actividades conlleve también la disolución del Grupo Parlamentario y el cese de sus actividades como tal; ello sin perjuicio "como ya se apuntaba en la Sentencia- del mantenimiento de la condición de parlamentarios de sus miembros y de su posible integración en el Grupo Mixto, si existiese, o si se constituyese "ex novo" por cumplir adecuadamente los requisitos exigidos por el Reglamento de la Cámara concernida. A la misma conclusión debe llevarnos el mandato de interpretación finalista del fallo indicado por la Jurisprudencia Constitucional y al que más arriba nos hemos referido”, así como auto de 18 de junio de 2003, cuyo Fundamento de Derecho segundo decía “(...) en suma, llevando a todas y cada una de las áreas de la vida parlamentaria la realidad jurídica de la disolución del Grupo Político tantas veces aludido, todo ello, repetimos, sin perjuicio de las facultades de actuación parlamentaria que los miembros del Grupo disuelto puedan desplegar o desarrollar a título individual o como miembros del Grupo Mixto, conforme al Reglamento de la Cámara”.

Por otro lado, el auto de la Sala Especial de 22 de diciembre de 2008, dictado en ejecución de la sentencia de 22 de septiembre del citado año, no adoptaba medida alguna en relación con los concejales elegidos en las listas de EAE/ANV, sino que, en lo que interesa a este recurso, acordaba, por un lado, dirigir comunicación a la Junta Electoral Central testimonio de la citada sentencia y auto, a fin de que procediera, en su momento, a su traslado a las Juntas Electorales Provinciales a los solos efectos de que se tuviera en cuenta lo decidido en los futuros procesos electorales que se fueran a celebrar y, de otro, previo a resolver sobre la disolución de los grupos junteros y

municipales interesada por la Abogacía del Estado, dirigir comunicación a los Presidentes de las Juntas Generales de Vizcaya y Alava y a los Alcaldes de los Ayuntamientos a los que se refería la demanda de ejecución al objeto de que se personaran en la misma y alegaran lo que estimaren procedente en relación con la disolución solicitada” (FD 6º).

1.3.- Actividad administrativa impugnable.

1.3.1.- Acuerdo resolviendo consulta formulada por una Junta Electoral provincial.

Acuerdo de la Junta Electoral Central resolviendo una consulta. Inexistencia de actividad administrativa impugnable pues se limita a formular un criterio de interpretación o aplicación de determinados preceptos de la LOREG. Inadmisibilidad del recurso. STS de 5 de diciembre de 2011 (RC 294/2011).

“(…) Procede a continuación abordar el carácter impugnable ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Acuerdo de la Junta Electoral Central de 19 de mayo de 2011.

Este problema ya ha sido resuelto en el Auto de fecha 20 de mayo de 2011, dictado en el Recurso Contencioso-administrativo nº 293/2011, por lo que en aras al principio de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación del derecho debemos decir que:

«El recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se interpone frente al Acuerdo de la Junta Electoral Central por el que se resuelve, con carácter vinculante para las Juntas Electorales inferiores, una consulta que le plantea la Junta Electoral Provincial de Salamanca y la Abogacía General del Estado, al amparo de lo previsto en el artículo 19.1.d) de la LOREG.

Lo cual significa que ese Acuerdo no contiene en sí mismo una decisión o pronunciamiento prohibitivo respecto de reuniones y concentraciones concretas en puntos territoriales determinados, pues se limita a formular un criterio de aplicación o interpretación de determinados preceptos de la LOREG.

Por tanto, el efecto vinculante que de él se deriva tan sólo se despliega en los contornos de la Administración Electoral, y la eficacia externa sólo será predicable de los Acuerdos de las Juntas Electorales Provinciales que pudieran dictarse respecto de cada concreta comunicación que los promotores de una reunión o manifestación pudieran hacer y atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, en ejercicio de las competencias que les reconoce el artículo 54.1 de la LOREG y conforme al criterio expresado en el Acuerdo recurrido. Dicho precepto legal atribuye a las Juntas Electorales Provinciales las competencias encomendadas a la autoridad gubernativa en relación con el ejercicio del derecho de reunión y con respecto a la celebración de actos públicos de campaña electoral.

Consecuentemente, la respuesta de la Junta Electoral Central a la consulta que se recurre carece de virtualidad lesiva sobre los derechos fundamentales de reunión y a la libertad de expresión e incluso de eficacia

general o particular, al margen de su carácter vinculante sobre las decisiones que habrían de adoptar en cada caso las Juntas Electorales Provinciales al examinar la conformidad o disconformidad con la legislación electoral general de hipotéticas concentraciones, reuniones o manifestaciones promovidas por particulares durante la jornada de reflexión que infringieran la prohibición que recoge el artículo 53 de la LOREG, conforme a los criterios interpretativos que muestra el Acuerdo aquí recurrido.

Se limita el Acuerdo recurrido a establecer el criterio que deben seguir las Juntas Electorales Provinciales en interpretación y aplicación de los artículos 53 y 144.1.a) en relación con el artículo 93 de la LOREG para el supuesto de que en el curso de concentraciones, reuniones o manifestaciones promovidas por particulares y desarrolladas en la jornada de reflexión y día de la votación se proceda a "la petición de voto a favor de candidaturas concurrentes a un proceso electoral, así como la invitación a excluir a cualquiera de estas candidaturas en el ejercicio del derecho de voto", considerándolo "un comportamiento no acorde a las previsiones de la LOREG y que excede del derecho de manifestación garantizado constitucionalmente", tal y como expresa el Acuerdo en su considerando séptimo, y aclara la Junta Electoral Central en su escrito de alegaciones: "El acto impugnado es el Acuerdo de la Junta Electoral Central por el que resuelve una consulta que le plantea la Junta Electoral Provincial de Salamanca y la Abogacía General del Estado. Pero, respecto de terceros, en materias como ésta su eficacia sólo se produce a partir de los acuerdos que las Juntas Electorales Provinciales puedan adoptar respecto de cada comunicación concreta que los promotores de una manifestación puedan hacer, de acuerdo con la atribución específica de competencias que le hace art. 54.1 de la LOREG. Lo contrario podría llevar a la paradoja de que se planteara este recurso aun cuando después no se hiciera una solicitud específica de celebración de una reunión o manifestación".

Por ello, únicamente cabría predicar eficacia de los Acuerdos que adoptaran las Juntas Electorales Provinciales sobre el ejercicio de los derechos fundamentales concernidos y, en su caso, potencialidad lesiva sobre los mismos, si a ello hubiere lugar, claro está, atendiendo a las singulares circunstancias concurrentes en la convocatoria o en el desarrollo de tales concentraciones, reuniones o manifestaciones.

Sentado lo anterior, tal y como sostienen el Ministerio Fiscal y el Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central, el Acuerdo de la Junta Electoral Central impugnado no es un acto administrativo recurrible ante esta Sala, pues no constituye "actividad administrativa impugnabile" en los términos previstos en el artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»" (FD 8º).

1.3.2.- Real Decreto de disolución de Cortes y convocatoria de elecciones generales. Real Decreto de disolución de Cortes y convocatoria de elecciones generales. Procedimiento para la protección de derechos fundamentales. Actividad susceptible de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. STS de 7 de marzo de 2012 (RC 586/2011).

“(...) Esta argumentación del Abogado del Estado, ciertamente, se aproxima en cierta medida al criterio mantenido por esta misma Sala y Sección en asuntos que guardan similitud con el objeto del presente recurso, AA.T.S. de 9 de marzo de 2011 (R. Ord. 553/2010) y de 30 de mayo de 2011 (R. Ord. 152/2011). No obstante, debemos precisar que en estas resoluciones se acordaba la inadmisión del recurso presentado contra la declaración del estado de alarma del Gobierno de España, dado que se había producido ya la autorización de la prórroga del estado de alarma por parte del Congreso de los Diputados en los mismos términos en que había sido declarado anteriormente, de forma que esta cámara parlamentaria había asumido como decisión propia esa inicial declaración y, por tanto, le había dado naturaleza y carácter parlamentario. Ante ello, razonaban ambas resoluciones, no se estaba ya ante una actuación del Gobierno sino ante una resolución de la Cámara ejercitando una de las funciones que la Constitución le atribuía y que estaba fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional por los artículos 1 y 2 LJCA.

Es dentro, entre otras, de las SS.T.S. de 10 de julio de 1997 (R. C. 2074/1995) y de 1 de diciembre de 1998 (R. C. 3490/1994) y, más recientemente, 30 de septiembre de 2011 (R. C. 4092/2007) donde ha de encontrarse el criterio jurisprudencial para resolver esta cuestión de inadmisibilidad que nos presenta el Abogado del Estado en relación con el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, en relación a un Real Decreto de disolución de las Cámaras Parlamentarias y convocatoria a elecciones generales. Esta última sentencia mencionada, llevando a cabo una referencia a la ratio decidendi mantenida en las dos primeras señalaba:

“...Baste añadir a ello que los argumentos significados en aquella jurisprudencia tuvieron acogida legislativa en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en particular en su artículo 2.a), al disponer que "El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos." De forma que una decisión judicial del estilo de la que es objeto de este recurso de casación malamente puede permitir ejercer la función jurisdiccional destinada a la revisión de aquellos aspectos de los tradicionalmente denominados actos políticos, cuando, ante la invocación por el recurrente de la vulneración de ciertos derechos fundamentales y de determinados aspectos reglados del acto (en lo referido, en cuanto a esto último, a la representación que debe otorgarse según disposiciones legales a cada circunscripción electoral), despacha sin más el asunto omitiendo el control de, si en efecto, se ha podido producir su conculcación.”

En el presente caso, en definitiva, atendiendo a lo dispuesto en el art. 2 de la LJCA y teniendo en cuenta que se alega la vulneración de los artículos 14, 16.2, y 23 de la Constitución Española en referencia a un Decreto del Presidente del Gobierno, no cabe declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso, según interesa el Abogado del Estado, al no constituir ninguno de los actos excluidos de control jurisdiccional, puesto que no se trata de acto propio de las relaciones entre órganos constitucionales como sería la decisión de enviar a las Cortes un Proyecto de ley u otros semejantes.

A ello debe añadirse que los preceptos legales han de ser interpretados de forma que sean compatibles con el respeto a las normas constitucionales, y especialmente con los derechos fundamentales. Y desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra norma constitucional, una interpretación del artículo 2.a) de la ley jurisdiccional que excluyera la revisión del Decreto de disolución de las Cortes de la fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa dejaría al recurrente en indefensión, puesto que ni podría interponer un recurso de inconstitucionalidad, al carecer de legitimación para ello, ni tampoco un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues para la admisión de éste es preciso agotar la vía contencioso-administrativa previa, según dispone el artículo 53.2 de la Constitución y Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 3/1979, de 2 de octubre, reguladora del funcionamiento del Tribunal Constitucional.

Es cierto que, el recurrente podría impugnar los actos de aplicación, alegando indirectamente la ilegalidad del Decreto, pero en ese caso, deberíamos entrar igualmente en el análisis del mismo, y de entender que es ilegal, proceder a su anulación. En consecuencia, esta primera causa de inadmisibilidad debe ser, desestimada, siendo procedente conocer del recurso en lo referente al R.D. Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de Convocatoria de la Elecciones Generales. Otra cosa es el alcance de la fiscalización, que ha de limitarse a la estricta protección de los derechos fundamentales alegados” (FD 2º).

2.- INSTRUCCIONES.

2.1.- Sobre interpretación del artículo 205 LOREG.

Instrucción sobre interpretación del artículo 205 de la LOREG sobre el inicio de las operaciones tendentes a constituir las diputaciones provinciales. La instrucción por sí sola no tiene ninguna incidencia en derechos individuales siendo tan sólo la indicación del criterio a seguir en actuaciones futuras. Son esas actuaciones futuras las que deberán ser impugnadas por aquéllos que las consideren lesivas para sus derechos. STS de 16 de junio de 2009 (RC 529/2007).

“(…) Aunque ambas posiciones procesales ofrecen argumentos de importante consistencia, lo que ya debe decirse es que la plena tutela del derecho de los concejales a ser elegible y ser elegido que, al amparo de lo establecido en el artículo 23 CE, es invocado en la demanda como razón muy principal de lo que en ella se postula, no impone como obligada la nulidad de la Instrucción aquí combatida.

No puede olvidarse que esta Instrucción es tan solo la indicación del criterio a seguir en actuaciones futuras y, consiguientemente, no tiene directa trascendencia individual sobre los derechos de persona alguna.

Como tampoco impide la impugnación de esos eventuales actos futuros que, dictándose en aplicación de la misma, puedan menoscabar o lesionar indebidamente los derechos de los concejales que resulten elegidos en esa nueva convocatoria que haya tenido lugar como consecuencia de cualquiera de los supuestos contemplados por el punto segundo de la Instrucción.

Dicho de otro modo: la Instrucción por sí misma no es lesiva de derecho individual alguno; no impide a quienes resulten elegidos en la nueva convocatoria el

poder reclamar que se realicen las operaciones que consideren necesarias para la plena efectividad de todas las facultades que son inherentes a su derecho de sufragio; y tampoco, en su caso, les imposibilita ejercitar la acción judicial frente a los actos que en vía administrativa no hayan atendido sus pretensiones individuales” (FD 3º).

2.2.- Sobre interpretación del artículo 66 LOREG.

Instrucción 4/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, de interpretación del artículo 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en lo relativo a las garantías de respeto a los principios de pluralismo, igualdad, proporcionalidad y neutralidad informativa por los medios de comunicación en periodo electoral. Inexistencia de lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión. Inexistencia de control previo sobre la información relativa a la campaña electoral. Conformidad a derecho del criterio que imponen que la información específica sobre la campaña electoral tenga una duración proporcional a los resultados obtenidos en las anteriores elecciones y del que, con carácter subsidiario, establece que el orden de la información se haga de mayor a menos en función de dichos resultados. La salvaguardia de dichos principios en la actividad informativa desarrollada tanto por los medios de titularidad pública como privada le corresponde a la Administración electoral. Inexistencia del principio de reserva de ley. STS de 2 de julio de 2012 (RC 302/2011).

“(…) En cuanto al fondo, en efecto, hemos de mantener el juicio que, sobre la duración de la información dedicada a cada candidatura y sobre el orden de emisión dentro del bloque dedicado a la campaña electoral, ya hicimos en la sentencia de 19 de octubre de 2009 (recurso 161/2008): no los consideramos lesivos del derecho fundamental a la libertad de información. Por tanto, a continuación, nos limitaremos a responder a los extremos novedosos que sobre los discutidos entonces se han planteado en la demanda y en las contestaciones y en los escritos de conclusiones.

[...]

Una lectura apresurada del apartado cuarto nº 1 de la Instrucción 4/2011 podría llevar a la conclusión defendida por los recurrentes. Sin embargo, su consideración detenida lleva a dar la razón al Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central: los planes de cobertura informativa y los criterios de los medios de comunicación públicos, según ese apartado, no se someten a la aprobación de la Junta Electoral competente. Simplemente, han de ser puestos a su disposición. En ningún lugar de la Instrucción se dice que deban ser aprobados por la Administración Electoral. Y la razón de tal exigencia no es otra que la de permitir que la Junta Electoral competente los ponga, a su vez, a disposición de los representantes generales o de las candidaturas acreditados ante la misma (apartado quinto, 1 de la Instrucción 4/2011). El nº 4 de este apartado quinto confirma el alcance de estas previsiones cuando dice que

“Las modificaciones en los planes de cobertura informativa que con posterioridad puedan acordar los medios públicos serán inmediatamente comunicadas a las Juntas Electorales competentes a efectos de que éstas den traslado a los representantes acreditados, siendo aplicable lo indicado en los apartados anteriores”.

Solamente, en virtud de las reclamaciones o recursos a que se refiere el artículo 66.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y precisa la Instrucción en su apartado quinto, podrá la Junta competente, en su caso, y, en último extremo, la de la Comunidad Autónoma o la Central, pronunciarse sobre el contenido de esos planes. Así, pues, la Instrucción no sólo no impone ningún control previo sobre los planes y criterios informativos, sino que la exigencia de que los medios los sometan a la Junta Electoral competente es meramente instrumental: sirve para facilitar la presentación por los representantes de las candidaturas de los recursos que consideren necesarios contra aquellos. Esto significa que la Instrucción se mueve en el espacio previsto por el artículo 66.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

SÉPTIMO.- *Es verdad que el apartado cuarto de la Instrucción obliga a los medios de comunicación de titularidad pública a que la información específica que emitan sobre la campaña electoral responda, además de a los principios de pluralismo, igualdad y neutralidad informativa prescritos por ese artículo 66.1, a que tenga una duración proporcional a los resultados anteriores. Además, la emisión, a falta de un criterio previamente acordado en el plan de cobertura informativa, habrá de hacerse de mayor a menor, también en función de los resultados previos.*

Esta no es una novedad traída por la Instrucción, pues se trata de criterios que ya venían siendo aplicados por la Administración Electoral a la información sobre la campaña ofrecida por los medios de comunicación con el aval explícito de la jurisprudencia. Ahora, además, entronca con el principio de proporcionalidad incluido expresamente en el artículo 66.1. En nuestra sentencia de 19 de octubre de 2009 (recurso 161/2008) dijimos respecto de esos criterios y de la libertad de información:

[...]

Las nuevas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ahora se invocan --las de 14 de marzo de 2002, asunto Gaweda contra Polonia, y de 11 de octubre de 2007, asunto Glas Nadezhda y Anatoly Eood contra Bulgaria-- tampoco sirven para justificar la tesis de los recurrentes porque, al igual que las anteriores, contemplan supuestos diferentes al controvertido en este proceso. En efecto, la primera se refiere a la negativa a registrar el título de un periódico por considerarlo el tribunal competente equívoco. Y la segunda a la denegación de una licencia para una emisora de radio que difundiera programas cristianos en Sofía.

Por otro lado, insiste la demanda, como ya se hiciera en el recurso 161/2008, que la forma y el tiempo son elementos integrantes del contenido de la información por lo que la injerencia que supone imponer condiciones de esa naturaleza afecta al derecho fundamental a transmitirla. La relación entre tiempo y orden, de un lado, e información, de otra, sin duda existe. Otra cosa, sin embargo, es que la contemplada por la Instrucción produzca los efectos vulneradores que le atribuyen los recurrentes. En realidad, la información que emiten los medios de comunicación está sujeta siempre a límites de tiempo: los derivados del espacio que, en el conjunto de la programación, dedican a las noticias y, además, dentro de ese espacio, los que resultan de los minutos dedicados a informar sobre la campaña electoral. Por otro lado, para que pueda ofrecerse información es necesario un período mínimo por debajo del cual no cabe transmitir ninguna. Por tanto, los límites temporales son consustanciales a la misma.

Esta circunstancia relativiza la trascendencia que atribuye al tiempo la demanda. La cuestión es, sin embargo, si la distribución en la forma indicada por la Instrucción del tiempo disponible afecta a la libertad de información más allá de lo que lo hace ese condicionamiento que llamaremos material. Pues bien, si se parte de que en nada se constriñe, limita o influye el contenido de la información a suministrar en ese tiempo, para confeccionar la cual, con el respeto a la veracidad, son plenamente libres los profesionales de los medios, habrá que reiterar que la fijación de la duración de la información de la campaña de cada candidatura en función de los resultados anteriores no lesiona el derecho fundamental invocado. No lo hace porque, además de no incidir en los contenidos, como se ha dicho, responde a los fines de preservar los principios enunciados en el artículo 66.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en especial el de proporcionalidad que opera a partir de un dato objetivo: los resultados precedentes de las candidaturas en elecciones del mismo tipo.

Es importante, siempre desde el punto de vista de la proporcionalidad, tener presente, además, que la Instrucción contempla la información sobre candidaturas que no concurrieron a las elecciones precedentes o que no obtuvieron representación en ellas y les asegura cobertura informativa, aunque no pueda ser superior a la de las que lograron escaños.

Consideraciones semejantes han de hacerse respecto del criterio subsidiario recogido en la Instrucción sobre el orden en que ha de ofrecerse la información sobre la campaña. O sea, el que atiende a dichos resultados y ordena de mayor a menor la emisión de la información correspondiente. Es un criterio que no deja de tener una significación objetiva, extremo de gran importancia cuando se trata de asegurar la neutralidad informativa de los medios públicos y, además, es conocido por los electores porque se viene aplicando desde hace muchos años. Por otro lado, no siendo extenso el tiempo dedicado a la campaña electoral en los espacios informativos no parece que el orden al que estamos haciendo referencia comporte consecuencias negativas relevantes. Desde luego, no las supone para el receptor de la misma. Y en cuanto al profesional que las elabora y al medio que las transmite tampoco pues, como se ha dicho, no se ve afectado el contenido. Se trata, pues, de otra exigencia de los principios enunciados por el citado artículo 66.1 que no puede tacharse de innecesaria ni inadecuada y, ciertamente, tampoco es desproporcionada.

En fin, el argumento de que en otros lugares no se siguen las pautas discutidas por los recurrentes no altera el juicio que venimos haciendo. No sólo porque en nuestro caso contamos con el artículo 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sino porque no se ha acreditado que las reglas a las que en los países examinados se someten los distintos aspectos del proceso electoral, entre ellos el relativo a la información sobre el mismo, sean idénticas o sustancialmente semejantes a las que rigen en España. Por lo demás, tal diferencia, en el supuesto que existiera, permaneciendo en lo restante un régimen semejante, no significaría que la Instrucción vulnera la libertad de información. Y, en todo caso, el estudio aportado reconoce que en otras legislaciones también se imponen, aunque sea de forma distinta, criterios cuantitativos vinculados a la representación parlamentaria sobre la extensión de la información electoral que se emite en campaña.

OCTAVO.- *No es impropio que se encomiende a la Administración Electoral preservar los principios enunciados por el artículo 66.1 de la Ley Orgánica del*

Régimen Electoral General frente a los medios de comunicación vista la incidencia decisiva que estos tienen en la formación de la opinión pública y, ya en el contexto de las elecciones, en la transmisión de los mensajes de las distintas candidaturas. Tratándose de los públicos esa capacidad hace que deban extremarse todas las medidas que aseguren que en su actividad informativa respetan el pluralismo político, la igualdad en el proceso electoral y la proporcionalidad y mantienen la neutralidad que les es obligada. A este respecto, debe recordarse que, desde el primer momento, el artículo 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sometió al control de la Junta Electoral competente las decisiones de los órganos de dirección y administración de los medios públicos, precisamente, para preservar esos principios. Esto significa que el propio legislador nunca ha considerado suficiente garantía la actuación de dichos órganos.

Del mismo modo, ha estimado necesario, para preservar pluralismo e igualdad en las elecciones, llevar también la salvaguardia que ofrece la Administración Electoral a la información ofrecida tras la convocatoria de las elecciones por los medios privados. En este sentido, hay que recordar que al actual apartado 2 del artículo 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General le antecedió el artículo único, 2, de la Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, reguladora de la publicidad electoral en las emisoras de televisión privada, que disponía:

"2. El respeto al pluralismo y a los valores de igualdad en los programas difundidos durante los períodos electorales por las emisoras de televisión privada objeto de concesión quedarán garantizados por las Juntas Electorales en los mismos términos previstos en la legislación electoral para los medios de comunicación de titularidad pública".

Así, pues, nuestro ordenamiento ha querido depositar la garantía de los principios de que venimos hablando una vez convocadas las elecciones en la Administración Electoral. Garantía por los medios de comunicación de titularidad pública, desde luego, pero también por los privados. No debe olvidarse a este respecto que la radio y la televisión por ondas terrestres siguen teniendo la consideración de servicio público y que, en todo caso, en la medida en que la información juega un papel decisivo en la confrontación electoral, es decir, en la conquista democrática del poder político, es fundamental la preservación de condiciones de pluralismo e igualdad en esa competición y a ello se dirige el artículo 66 de la Ley Orgánica y esta Instrucción 4/2011.

NOVENO.- *Avanzado ya el pronunciamiento sobre el fondo, han de decaer los argumentos formales relativos a la falta de cobertura legal de la Instrucción y a la invasión de la reserva de ley orgánica e, incluso, de ley ordinaria que se le atribuye.*

La cobertura normativa la encuentra la Instrucción en el artículo 66.1 de constante cita y las reglas para su elaboración son las previstas en la propia Ley Orgánica del Régimen Electoral General pues no estamos ante un reglamento o disposición general de carácter material, sino ante las pautas procedimentales a las que han de atenerse los obligados al respeto de los principios de ese precepto: los medios de comunicación, los cuales, convocadas las elecciones, se hallan, a los efectos de lo que aquí se discute, en una posición de subordinación a la Administración Electoral.

Por último, en tanto no se produce una regulación material de la actividad informativa, sino que solamente se fija un procedimiento, el previsto en el artículo 66.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, no cabe entender conculcado el artículo 105 de la Constitución” (FD 6º - 9º).

2.3.- En aplicación del artículo 169.3 LOREG.

Requisitos exigidos a agrupaciones de electores para presentar candidaturas así como a partidos políticos, federaciones o coaliciones sin representación parlamentaria en la anterior convocatoria de elecciones. Aval de firmas de electores correspondiente al 1% ó al 0,1%, respectivamente, de los inscritos en el Censo electoral de la circunscripción correspondiente. El establecimiento de requisitos no supone en sí mismo una lesión de derechos fundamentales. STS de 7 de marzo de 2011 (RC 586/2011).

“(…) El segundo motivo de impugnación tampoco puede prosperar. La referencia planteada por la parte actora contra la Instrucción 7/2011 de la Junta Electoral Central y el Real Decreto 1329/2011, es de naturaleza instrumental en cuanto se dirige en realidad a combatir lo dispuesto en el art. 169.3º L.O.R.E.G., es decir, a impugnar la exigencia de aportación documentada de firmas como requisito de acceso al proceso electoral.

La actuación administrativa, la Instrucción y el Real Decreto, es impugnada en cuanto supone el desarrollo y cumplimiento de ese precepto legal. El argumento referido por el Partido Andalucista, que se dirige de modo directo a la eventual vulneración del derecho de participación política en los asuntos públicos a través del acceso a cargos representativos reconocido en el artículo 23 CE, no puede en modo alguno prosperar. El establecimiento de unos requisitos a cargo de las candidaturas dentro del proceso electoral no supone en sí mismo una lesión de cualquier derecho constitucional; pero en el presente caso, además, no puede entenderse que la actuación impugnada haya vulnerado los derechos fundamentales alegados porque que es un hecho notorio, a todos los efectos, que el Partido Andalucista ha concurrido en su momento y ha participado en las Elecciones Generales por la circunscripción de Córdoba, presentando sus candidaturas sin imprevisto conocido, lo cual se ha producido sin lesión efectiva al derecho fundamental postulado. Por otro lado, cómo el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la plena regularidad constitucional del requisito establecido en el art. 169.3 de la L.O.R.E.G. que ahora nos ocupa, según diversas sentencias como la de 2 de noviembre de 2011, recaída en el recurso de amparo electoral núm. 5888/2011 .

Todo ello determina la completa desestimación de este motivo, así como de todos los motivos siguientes planteados en la demanda, referentes a infracción del derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución Española y del derecho a no ser obligado a declarar sobre las opiniones, ideologías o creencias del art. 16.2º C.E. Debiendo destacarse que el T.C. ya ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de que la disposición legal cuestionada no vulnera ningún precepto constitucional de los que nos ocupan” (FD 5º).

3.- OTROS ACUERDOS.

3.1.- Cobertura informativa en elecciones generales.

Modificación del Plan de RTVE de Cobertura Informativa de unas Elecciones Generales. La preservación de la igualdad, del pluralismo político y social y de la neutralidad informativa de RTVE exigía la retransmisión del debate multilateral, compensatorio del segundo de los celebrados entre los candidatos a la presidencia del gobierno del PSOE y del PP, en horario de máxima audiencia. La Junta Electoral Central debió requerir a RTVE para que modificara en ese extremo su Plan de Cobertura Informativa. STS de 16 de noviembre de 2009 (RC 172/2008).

“(...) La cuestión que plantearon los ahora actores tenía que ver con el mantenimiento de las condiciones de igualdad que la Administración Electoral debe preservar en el proceso electoral y con el respeto a los principios de pluralismo político y social y de neutralidad informativa (artículos 8.1 y 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General) ante las modificaciones que RTVE introdujo en su Plan de Cobertura Informativa de las Elecciones Generales del 9 de marzo de 2008 con motivo de la retransmisión en directo de los dos debates celebrados entre los candidatos a la presidencia del Gobierno del PSOE y del PP. Condiciones y respeto que, como bien recuerda la contestación a la demanda, no se discutieron respecto de la compensación dispuesta a propósito del primer debate, ni tampoco con motivo de la correspondiente al segundo, salvo en lo relativo a su horario de emisión.

Es de este último --y no del formato del programa en que se produciría el debate a siete-- de lo que discrepaban CiU, PNV e IU y, entre otros argumentos, ponían de manifiesto la falta de razones para cambiar el criterio seguido una semana antes. La respuesta de la Junta Electoral Central no explica por qué ha de aceptarse en este caso una solución distinta a la seguida con el primer debate multilateral. Desde luego, no son razones válidas la de que se utilizaba un espacio --"59 segundos"-- de la programación habitual y que se respetaba su horario de emisión, en el cual ha de presumirse que hay audiencia suficiente. Y no son válidas porque de lo que se trata es de compensar a las demás formaciones políticas por el debate bilateral en el que no tomaron parte y de restablecer la igualdad y el pluralismo político y social así como la neutralidad informativa de RTVE que, de otro modo, podrían verse comprometidos. No es ocioso recordar a este respecto que la Constitución quiere que la igualdad sea real y efectiva y que ese mandato de su artículo 9.2 debe llevar, ante alternativas diferentes, a elegir aquélla que mejor asegura su efectividad. Y poca duda cabe de que aquí esa alternativa era la reclamada por los recurrentes.

Siendo consciente la Junta Electoral Central, como lo era, de que el horario no es indiferente para la audiencia y de que el mayor seguimiento se produce a las 22 horas y no a las 24 horas, ante la reclamación de los actores debió requerir a RTVE para que procediera a modificar en ese extremo su Plan de Cobertura Informativa y emitiera el debate a siete en ese horario preferente que va de las 22 a las 24 horas. El mismo en que se retransmitieron los debates bilaterales que originaron la necesidad de compensaciones y el primero multilateral. Por tanto, el interés público al que sirve RTVE, necesariamente vinculado en este caso a la garantía de los principios de igualdad, pluralismo y neutralidad informativa de los que venimos hablando, garantía materializada en ese debate a siete, debió ser hecho valer por la Junta Electoral

Central frente al mantenimiento de la programación ordinaria por el que se preocupa la contestación a la demanda.

Esa medida que no adoptó no significaba, por lo demás, en este supuesto una injerencia indebida en la autonomía de RTVE porque, de un lado era necesaria para restablecer la situación que los debates bilaterales cambiaron y, de otro, porque la propia RTVE, que había dispuesto la emisión del llamado "Gran Debate" a las 22 horas del día 28 de febrero, no ofreció razones para situar a las 0 horas del día 6 de marzo el segundo debate a siete en vez de hacer como en la semana anterior, y emitirlo a las 22 horas del día 5.

No altera cuanto se viene diciendo el hecho de que, de los recurrentes, dos sean formaciones políticas que no concurren en toda España (CiU y PNV) y que la tercera (IU) lograra un número de votos inferior al 5% en las precedentes elecciones generales. La Ley Orgánica del Régimen Electoral General se fija en la representatividad de las diferentes fuerzas políticas en las elecciones previas del mismo ámbito a la hora de distribuir los espacios gratuitos de propaganda (artículos 60 y siguientes). Pero aquí no nos encontramos ante propaganda sino ante el Plan de Cobertura Informativa de las Elecciones Generales de RTVE y ante las consecuencias de la retransmisión de los debates electorales entre los candidatos de los dos principales partidos políticos de España y del amplio seguimiento que logran.

Esa circunstancia, el alto interés que reviste para la audiencia este tipo de espacios, plasmado en las mediciones que constan en las actuaciones, hace que sea respetuosa con los principios de los artículos 8 y 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General la retransmisión de los debates entre los candidatos a la presidencia del Gobierno de esos dos principales partidos, pero, también, exige que el tratamiento a dar a las restantes formaciones que han dispuesto de grupo parlamentario propio -- criterio utilizado por RTVE para definir los beneficiarios del "Gran Debate" y extendido al segundo a siete-- no se aparte sustancialmente de las condiciones de realización y emisión observadas con aquéllos. De no ser así, se resentiría la igualdad de condiciones entre los contendientes en las elecciones, no se expresaría suficientemente el pluralismo político y social ni se respetaría la neutralidad informativa que debe mantener RTVE, precisamente, por no permitirse que la información que surge del debate a siete pueda llegar a los electores del mismo modo que la emanada de los debates a dos" (FD 5º).

3.2.- Sanción por campaña institucional en período electoral.

Elecciones generales y autonómicas de Andalucía 2008. Sanción impuesta por la Junta Electoral Central a un Alcalde por realizar una campaña institucional en período electoral sobre determinados logros conseguidos durante su mandato. Prohibición de influir en la orientación del voto de los electores, contenida en el art. 50.1 de la LOREG es una aplicación concreta del principio de objetividad que rige la actuación de toda Administración Pública. La condición de poder público es atribuible tanto al Ayuntamiento como a los órganos y entidades que, bajo su dependencia, ejercen potestades con el carácter de Administración institucional. STS de 11 de noviembre de 2009 (RC 492/2008).

"(...) Al igual que se hizo en la sentencia de 28 de mayo de 2008 de esta misma Sala y Sección (Recurso 7/2005), el análisis de esos motivos de impugnación debe ser

realizado subrayando, en primer lugar, la importancia que tiene el principio de igualdad en materia electoral, ya que aparece expresamente proclamado en el artículo 23 de la Constitución que, como es bien sabido, reconoce, con el rango de derecho fundamental, el derecho de sufragio pasivo.

También tiene que recordarse que el sufragio igualitario para la elección de la dos Cámaras de las Cortes Generales es, según disponen los artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución (CE) y 8.1 de la LOREG, un elemento de suma trascendencia de nuestro sistema político, y por ello, paralelamente, la neutralidad de todos los poderes públicos constituye uno de los instrumentos legalmente establecidos para hacer efectiva esa igualdad que ha de ser observada en el sufragio.

Y procede añadir, así mismo, que dicha neutralidad en los procesos electorales es una de las específicas proyecciones que tiene el genérico mandato de objetividad que el artículo 103.1 CE proclama para la actuación de toda Administración pública.

Todo lo cual, en orden a la interpretación que ha de darse al artículo 50.1 de la LOREG, sugiere, como ya se dijo en esa anterior sentencia que acaba de citarse, este criterio: lo único que dicho precepto ciñe a los "poderes públicos que (...) hayan convocado un proceso electoral" es la posibilidad de la campaña institucional informativa que regula, porque la prohibición también dispuesta "de no influir en la orientación del voto de los electores", al ser inherente al mandato de objetividad del art. 103.1 CE, ha de considerarse referido a cualquier Administración pública.

CUARTO.- *Las que anteceden son, pues, las premisas desde las que han de resolverse algunos de los motivos de impugnación y, por lo que se va explicar continuación, ya imponen que los motivos antes reseñados como primero, segundo y cuarto no puedan ser acogidos.*

Ya se ha dicho que el artículo 50.1 de la LOREG, además de los límites que impone a la campaña de carácter institucional que directamente menciona, incluye una terminante prohibición de no influir en la orientación de los votos que, por su directa relación con el mandato de objetividad del artículo 103.1 CE, ha de considerarse dirigida a cualquier Administración Pública.

Por tanto, dicha prohibición afectaba tanto al Ayuntamiento de Sevilla como a todas las entidades que de él dependen jerárquicamente por estar sometidas a su superior poder de dirección.

Y las consecuencias principales derivadas de todo lo anterior son que debe considerarse acertada la aquí controvertida decisión de la JEC de apreciar en la conducta aquí sancionada el incumplimiento de esa prohibición de que se viene hablando y, a causa de ello, la infracción electoral que define el artículo 153.1 de la LOREG; y también debe entenderse correctamente ejercitada la potestad que este último precepto otorga a la Administración electoral para que sancione dicha infracción.

Debe compartirse, así mismo, el criterio sostenido por la demandada Junta Electoral Central, en su escrito de contestación, de atribuir la condición de poder público, con el deber de sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico

(artículo 9.1 CE), tanto al Ayuntamiento de Sevilla como a los órganos y entidades que, bajo su dependencia, ejercen potestades con el carácter de Administración institucional.

Y es igualmente correcta la argumentación esgrimida de que los poderes públicos son siempre ejercidos por las personas físicas que ostentan su titularidad y es a estas a las que cabe exigir la responsabilidad y, en su caso, imponer las sanciones, que resulten procedentes por las infracciones electorales que sean de apreciar en las actuaciones de tales poderes públicos” (FD 3º y 4º).

Sobre una cuestión similar, STS de 18 de noviembre de 2009 (RC 496/2008).

3.3.- Utilización de siglas de otro partido político.

Solicitud de autorización de utilización de las siglas PCPC en las candidaturas del Partido Comunista de los Pueblos de España (PCPE). Improcedencia de acordar la admisión de las candidaturas. La denominación, las siglas y símbolos de las candidaturas de un partido político han de ser las que constan en el registro de partidos políticos, sin que sea válida la autorización de otro para servirse de sus siglas. STS de 16 de noviembre de 2009 (RC 160/2008).

“(…) En efecto, las candidaturas presentadas por un partido político, dice el artículo 46.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, han de utilizar la denominación, siglas y símbolos del mismo. Denominaciones, siglas y símbolos que, dispone el apartado 6 de ese precepto, no deben inducir a confusión con los pertenecientes o usados tradicionalmente por otros partidos legalmente constituidos. Tales reglas son coherentes con las que sienta el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos y la pertenencia de esos elementos identificadores viene determinada, a su vez, por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos. Por otro lado, todas estas exigencias las viene haciendo valer de forma continuada, tanto la Junta Electoral Central como la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Constitucional 107, 105 y 103/1991 y 69/1986).

Conviene insistir, además, en el carácter indisponible de las reglas que las imponen debido a que, más allá de la voluntad de los propios partidos, se encuentra el derecho de los ciudadanos a conocer con precisión qué formaciones políticas presentan las candidaturas para las que reclaman su voto. Por eso, tiene razón la Junta Electoral Central cuando rechaza que sea aplicable a este supuesto el artículo 8.3 de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación. El consentimiento expreso del interesado al que se refiere ese precepto como excepción a la prohibición de uso de denominaciones, siglas o símbolos de otras asociaciones no es aplicable a los partidos políticos pues, ciertamente, se rigen por su normativa específica que no contempla esa posibilidad y las razones de orden público antes mencionadas impiden que se aplique supletoriamente la salvedad a la que se refiere ese artículo 8.3 de la Ley Orgánica 1/2002”.

No queda sino advertir que todo lo anterior se dice sin perjuicio del régimen previsto para aquellos supuestos en que las candidaturas son presentadas por coaliciones o federaciones de partidos” (FD 4º).

3.4.-Sustitución de concejales.

Sustitución de concejal en caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia No se precisa una decisión previa del partido político al que corresponde la lista de electos sino que el escaño se ha de atribuir al siguiente en la lista. La interpretación de la regulación legal del mecanismo de sustitución de concejales no es competencia de un órgano jurisdiccional del orden penal. No existe previsión legal de que, entre los efectos que se han de derivar de la disolución judicial de un partido político, se encuentre la nulidad sobrevenida de las candidaturas proclamadas. STS de 7 de noviembre de 2011 (RC 146/2010).

“(…) Para abordar el análisis de la cuestión de fondo que se plantea en las presentes actuaciones, hay que partir de que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, incluye la prohibición de cualquier impedimento a dicho acceso que no haya sido legalmente previsto de modo expreso y que ello significa, entre otros aspectos, que una interpretación errónea de la legalidad que determine la imposibilidad de acceder al cargo en cuestión implicaría sin duda la lesión de aquel derecho fundamental (STC nº 25/1990, FD 6º).

Dicho lo anterior y centrándonos en el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 12 de enero de 2010, objeto del presente recurso, se ha de destacar que el mismo encuentra su motivación en el auto de 14 de marzo de 2008 del Juzgado Central de Instrucción antes referido, debiéndose rechazar que dicha decisión judicial revista el carácter ejecutivo y de obligado cumplimiento que sostiene la parte demandada. En primer lugar, porque dicho auto, al resolver una consulta formulada por la Junta Electoral Central en relación con otro caso de sustitución de concejales de EAE/ANV, ni va referido al recurrente ni, en consecuencia, éste tuvo ocasión de recurrirlo o impugnar lo resuelto en aquél. Además, porque parte de un presupuesto fáctico - suspensión cautelar de actividades orgánicas del referido partido político – inexistente al tiempo de adoptarse el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 12 de enero de 2010 y, en última instancia, porque no puede aceptarse que la interpretación de la regulación legal del mecanismo de sustitución de concejales municipales sea competencia de un órgano jurisdiccional del orden penal.

Pero es que, además, esta Sala no comparte las conclusiones que se dedujeron de la interpretación realizada en relación con el marco normativo aplicable a la sustitución de concejales.

El artículo 182 de la Ley Orgánica 5/1985, en la redacción resultante de la reforma operada por Ley 1/2003, de 10 de marzo, preceptúa que:

“1. En el caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un concejal, el escaño se atribuirá al candidato o, en su caso, al suplente de la misma lista a quien corresponda, atendiendo a su orden de colocación.

2.- En el caso de que, de acuerdo con el procedimiento anterior, no quedasen posibles candidatos o suplentes a nombrar, las vacantes serán cubiertas por cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad. Estos suplentes serán designados por el partido, coalición, federación o agrupación de electores cuyos concejales hubiesen de ser sustituidos y se comunicará a la Junta

Electoral correspondiente, a efectos de la expedición de la oportuna credencial. En este caso, no podrán ser designadas aquellas personas que habiendo sido candidatos o suplentes en aquella lista, hubieran renunciado al cargo anteriormente”.

Atendida la dicción literal de dicho precepto, es evidente el error en que incurre el auto de 14 de marzo de 2008 y la Junta Electoral Central pues, para la sustitución de un concejal municipal no se precisa una decisión previa del partido político al que corresponde la lista de electos, tal y como afirmaba dicho auto, sino que, producido el fallecimiento, incapacidad o renuncia de un concejal, su escaño se ha de atribuir al siguiente en dicha lista. Sólo para los supuestos en que no existiesen posibles candidatos o suplentes a nombrar - distinto, por tanto, del que es objeto del presente recurso - se requiere que el partido político cuyo concejal hubiere de sustituirse decida y designe el nuevo sustituto y lo comunique a la Junta Electoral que corresponda y, por tanto, sólo a estos casos resultaría de aplicación la argumentación contenida en dicho auto.

En consecuencia, la motivación ofrecida por el Acuerdo recurrido altera el marco normativo aplicable a la sustitución de concejales municipales, denegando indebidamente la expedición de la credencial de concejal al recurrente y, desde esa perspectiva, vulnera el derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución española.

Sostiene, por otro lado, el representante de la Junta Electoral Central que, más allá de lo anterior, no se puede olvidar que la ilegalización y posterior disolución de EAE/ANV conlleva, no la inelegibilidad o incompatibilidad sobrevenida de sus representantes electos sino la nulidad sobrevenida de las candidaturas en cuestión, por ausencia de un requisito imprescindible como es el de la inscripción en el Registro de Partidos Políticos. La pretendida nulidad sobrevenida de las candidaturas proclamadas no se encuentra prevista legalmente entre los efectos que se han de derivar de la disolución judicial de un partido político, no habiendo sido acordada por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni en su sentencia de 22 de septiembre de 2008, ni en su auto de 22 de diciembre siguiente, por el que se despachaba ejecución de los pronunciamientos previstos en aquélla.

A mayor abundamiento, dicha argumentación es contraria incluso a las recientes modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2011 en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que, pese a no resultar de aplicación al presente supuesto, dan cuenta de las medidas complementarias que, por inexistentes, se introdujeron por el legislador orgánico y que sirven, a mayor abundamiento, para rechazar lo argumentado por la parte recurrida por cuanto, si la nueva reforma introduce como consecuencia novedosa aparejada a la declaración de ilegalidad de un partido político la de que, en todas las modalidades de procesos electorales, los candidatos electos de dicho partido queden incurso en una nueva causa de incompatibilidad sobrevenida que será definitiva salvo que, voluntariamente y de modo expreso e indubitado, rechacen las causas que motivaron la ilegalización de la formación bajo cuya lista concurren a las elecciones, incompatibilidad que se extiende y aplica también a los integrantes de la candidatura de la formación política declarada ilegal que sean llamados a cubrir el escaño vacante (artículo 6, apartado 4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 178, apartado 3, resulta de aplicación a los

concejales electos en las elecciones municipales), es claro que, ni antes de la reforma ni después de la misma, los efectos de la disolución de un partido político puedan generar una consecuencia mucho más gravosa como sería la de la pretendida nulidad de las candidaturas presentadas por dicha formación política”(FD 7º).

3.5.- Renuncia de concejales.

Renuncia anticipada al cargo de concejal presentada por el partido político sin ratificación por el interesado. Invalidez. Vulneración del artículo 23.2 de la Constitución española. STS de 21 de junio de 2010 (RC 130/2009).

“(…) Sostiene el representante de la Junta Electoral Central que se trata de renunciaciones anticipadas que voluntariamente aceptan los candidatos mediante su firma, sin que pueda invocarse la ignorancia de las consecuencias que puedan derivarse de una manifestación tan obvia. Pues bien, es evidente que no pueden considerarse válidas en derecho tales renunciaciones anticipadas antes de la elección del candidato, puesto que frustrarán el mandato y la confianza que depositan en él los electores, y porque en cualquier caso, como sostiene la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, de la que se hacen eco la resolución impugnada y las partes, es el Pleno del Ayuntamiento el que ha de aceptar la renuncia de un Concejal, expresada de forma clara e inequívoca y hasta dicho momento la renuncia es revocable.

Naturalmente, si se interpone la renuncia, previamente firmada y en poder del partido político o agrupación electoral, por éstos y no por los interesados, a los que nada se comunica, (no consta notificación alguna), y se lleva a un Pleno al día siguiente, donde sin que conste la presencia de los recurrentes, y sin que comparezcan renunciando ante el mismo, se nombra a otro candidato que está en un número de orden inferior al de los recurrentes para sustituir al primitivamente dimitido; y si se oculta, al no cumplir el deber de notificación al Sr. Pérez Chaparro, la emisión de la credencial a su favor, es evidente que dichos candidatos no han podido renunciar, ni revocar una renuncia anticipada contraria a derecho”(FD 3º).