



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA CÁMARA SOBRE EL RECURSO PRESENTADO POR EL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL SENADO CONTRA EL ACUERDO DE LA MESA DEL SENADO DE 1 DE JUNIO DE 2010 (NÚMERO DE REGISTRO DE ENTRADA 42598) SOBRE ADMISIÓN A TRÁMITE DE LAS PROPUESTAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. OBJETO Y PRETENSIÓN DEL RECURSO

Con fecha 21 de junio de 2010 ha tenido entrada en el Registro de la Cámara un escrito presentado, en su calidad de Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, por D. Pío García-Escudero Márquez.

Dicho escrito dice formular “recurso contra el acuerdo de la Mesa del Senado de fecha 1 de junio de 2010 modificado por la corrección de errores de 8 de junio de 2010, por el que se admiten a trámite y remiten a la Comisión de Nombramientos 24 propuestas de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional por cumplir los requisitos exigidos por a Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Reglamento del Senado; y, asimismo, no se admite a trámite la propuesta de D. Enrique López y López formulada por las Asambleas de Madrid y Extremadura, las Cortes de Castilla y León y los Parlamentos de Cantabria y La Rioja, por no cumplir el requisito relativo a tener más de 15 años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función, previsto en los artículos 159.2 de la Constitución y 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

Pese a ello, y como después se expondrá en detalle, el contenido del recurso es bastante más amplio, según puede deducirse del hecho de que sólo una de las siete conclusiones del mismo se refiera a la cuestión de la no admisión a trámite de la propuesta de D. Enrique López y López como candidato y de que la pretensión se concrete en la solicitud de que la Mesa del Senado lleve a cabo las siguientes actuaciones:

(1) que anule su acuerdo y adopte uno nuevo considerando “apto” a D. Enrique López y López; y

(2) que asimismo acuerde reiniciar el procedimiento de elección de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional.

Estas dos pretensiones son, por otra parte, contradictorias entre si.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Como consecuencia de ello, el recurso podría incurrir, a efectos procedimentales, en incongruencia, como defecto en su modo de planteamiento que impediría su contestación, puesto que la primera pretensión se refiere a que la Mesa admita la propuesta ya formulada de D. Enrique López y López, a la vez que la segunda pretensión plantea un nuevo escenario consistente en reiniciar el procedimiento o, en su defecto, proceder a una actualización de las propuestas hechas de acuerdo con la nueva composición de los Parlamentos autonómicos. Es claro que, de ser estimado el recurso en lo que se refiere a la admisión a trámite de la propuesta ya realizada, parece incompatible que se plantee a la vez la pretensión de reiniciar el procedimiento, lo que afectaría a todas las propuestas.

II. COBERTURA JURÍDICA DEL RECURSO Y LEGITIMACIÓN DEL RECURRENTE

Primero.- La cobertura jurídica del recurso.

Una cuestión que es necesario abordar al iniciar el examen del recurso presentado es la relativa a la cobertura o amparo jurídico del mismo ante la completa ausencia de una mínima indicación en este sentido que permita identificar el precepto o preceptos jurídicos en que se fundamenta. Este defecto podría ser relevante a los efectos de emitir un juicio sobre la admisibilidad a trámite del recurso, por las dudas que se plantean para determinar, entre otras cuestiones, por ejemplo, si el recurrente está legitimado para presentar el recurso o si éste ha sido presentado dentro del plazo que pudiera corresponder o, en fin, para determinar el procedimiento concreto al que se acoge el recurrente para deducir sus pretensiones de anulación de los acuerdos adoptados por la Mesa.

Cabe señalar que no existe un abstracto derecho a recurrir cualquier acuerdo adoptado por un órgano parlamentario, sino que existen derechos concretos a recurrir ciertos actos, regulados por normas procesales determinadas que es necesario alegar por una elemental razón de seguridad jurídica para conocer cual es el marco procesal específico a través del cual se combate una determinada decisión o acuerdo que haya podido ser adoptado por la Mesa de la Cámara.

En este sentido y acudiendo a la normativa parlamentaria hay que tener en cuenta que, en relación con las competencias atribuidas a la Mesa como órgano de gobierno de la Cámara, el artículo 36 del Reglamento del Senado establece lo siguiente:

“1. Corresponden a la Mesa las siguientes funciones (...)



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

c) Calificar, con arreglo al Reglamento los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como decidir sobre su admisibilidad y tramitación (...)

2. Cuando una decisión adoptada por la Mesa en el ejercicio de las funciones a que se refiere el punto c) del número anterior, afecte directamente a un Senador o a un Grupo Parlamentario, éstos podrán solicitar su reconsideración. La Mesa decidirá mediante resolución motivada que, si no es adoptada por unanimidad, podrá ser objeto de lo dispuesto en el artículo 174 b).”

Pues bien, no cabe duda de que, dentro del procedimiento de elección por el Senado de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional y de conformidad con lo establecido en el artículo 184.4 RS, le corresponde a la Mesa del Senado decidir sobre la admisión a trámite de las propuestas de candidatos presentadas por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y que esta decisión se ha materializado en el acuerdo adoptado con fecha 1 de junio de 2010.

Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 36.2 RS puede solicitarse la reconsideración de dicho acuerdo y sólo si se entiende el escrito presentado por el Grupo Parlamentario Popular como una solicitud de reconsideración al amparo del precepto reglamentario citado es posible emitir un juicio liminarmente favorable a su admisión a trámite. Dicho de otro modo, el recurso planteado sólo puede entenderse fundamentado en el artículo 36.2 RS.

Segundo.- La legitimación del recurrente.

La conclusión a la que se llega acerca de la cobertura jurídica del recurso plantea a su vez una cuestión procesal importante que es necesario despejar antes de entrar en el fondo del asunto y es la relativa a la legitimación del Grupo Parlamentario Popular para presentar el recurso en la medida en que pueden suscitarse dudas fundadas acerca de si dicho Grupo, como exige el artículo 36.2 RS para solicitar la reconsideración, ha resultado afectado directamente por el acuerdo de la Mesa. Debe por tanto determinarse el alcance de la expresión “afecte directamente” para llegar a una conclusión pertinente sobre el problema de la legitimación.

La duda se suscita a partir del hecho evidente de que el acuerdo de la Mesa decide sobre la admisión de las propuestas de candidatos para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional y que dichos candidatos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16.1 LOTC y 184.7 RS, son presentados por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Además, en caso de no admitirse a trámite alguna propuesta de candidato y por analogía con lo que se dispone en el artículo 184.4 RS, la Mesa del Senado se dirige de nuevo a las



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas directamente afectadas abriendo un nuevo plazo para que éstas puedan presentar un nuevo candidato.

No parece difícil, por lo anteriormente expuesto, llegar a la conclusión lógica de que quienes resultan directamente afectadas por el acuerdo de la Mesa sobre la admisión o no a trámite de las propuestas de candidatos son las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas autoras de las mismas y no los Grupos Parlamentarios del Senado, cuya actuación en el procedimiento regulado por el Reglamento del Senado para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional comienza precisamente a partir del momento en que, admitidas a trámite las propuestas de candidaturas, la Mesa ordena su remisión a la Comisión de Nombramientos.

Es cierto que el artículo 36.2 RS contempla únicamente a los Senadores y a los Grupos Parlamentarios como sujetos legitimados para solicitar la reconsideración de los acuerdos de la Mesa siempre que se vean afectados directamente por los mismos, y es lógico que así sea porque el procedimiento de elección por el Senado de magistrados del Tribunal Constitucional previa presentación de candidatos por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas es un procedimiento novedoso puesto en funcionamiento como consecuencia de las reformas introducidas en el año 2007 en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en el Reglamento del Senado, avaladas en su constitucionalidad por las sentencias del Tribunal Constitucional 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio, respectivamente.

Además, los precedentes han venido siendo constantes e inequívocos en el sentido de que siempre ha existido una conexión directa e inmediata entre el sujeto autor de la iniciativa o propuesta objeto de calificación y decisión sobre la admisión a trámite por la Mesa de la Cámara y el sujeto que, en su caso, y posteriormente, ha presentado la correspondiente solicitud de reconsideración. Así, por ejemplo, si la Mesa ha decidido no admitir a trámite una pregunta formulada por un Senador, es éste quien posteriormente ha presentado la correspondiente solicitud de reconsideración. O si la calificación ha versado por ejemplo sobre una moción, posteriormente ha sido el Grupo Parlamentario proponente el autor de la correspondiente solicitud de reconsideración.

Sin embargo también el artículo 184.4 RS contempla únicamente a los Grupos Parlamentarios como sujetos a los que debe dirigirse la Mesa para que presenten nuevos candidatos en los supuestos de inadmisión a trámite, siendo así que, acudiendo a una interpretación sistemática del Reglamento, y por analogía, hay que concluir que, en el marco del procedimiento al que nos venimos refiriendo, dicha mención debe entenderse realizada a las Asambleas legislativas de las



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Comunidades Autónomas como efectivamente ha sucedido en relación con el acuerdo adoptado por la Mesa del Senado con fecha 1 de junio de 2010.

La conclusión lógica, acudiendo igualmente al razonamiento analógico, sería que el artículo 36.2 RS podría dar cobertura jurídica para considerar a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas como sujetos legitimados, en cuanto que afectados directamente, para solicitar la reconsideración de los acuerdos de la Mesa. Y, en sentido contrario, que los Senadores y los Grupos Parlamentarios no podrían tener la consideración de afectados directamente por el acuerdo de la Mesa.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que existen dudas fundadas acerca de la legitimación del Grupo Parlamentario Popular para formular un recurso o solicitar la reconsideración del acuerdo de la Mesa en la medida en que entendemos que sólo el artículo 36.2 RS puede dar apoyo jurídico a sus pretensiones. Tales dudas derivan de que el Grupo Parlamentario Popular no parece haber sido “afectado directamente” por el acuerdo de la Mesa, como en cambio sí lo han sido los autores de las propuestas de candidatos que han sido objeto de decisión sobre su admisión o no a trámite y que son las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

A pesar de todo ello y de la literalidad de lo establecido en el artículo 36.2 RS, podría entenderse que el Grupo Parlamentario Popular pudiera tener un interés indirecto, pero concreto, en que la propuesta de candidato que no ha sido admitida a trámite hubiera podido ser remitida a la Comisión de Nombramientos a efectos de emitir el correspondiente juicio de idoneidad que corresponde a este órgano del que forma parte el Portavoz recurrente y, así entender en un sentido muy amplio el concepto “afecte directamente” haciéndolo equiparable a una suerte de interés indirecto pero en todo caso legítimo. Esta interpretación permitiría en última instancia realizar un juicio favorable en la admisión a trámite del recurso presentado por el Grupo Parlamentario Popular al amparo de lo establecido en el artículo 36.2 RS.

III. ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL RECURSO

Para el caso de que la Mesa del Senado considere que el recurso se halla fundado en el artículo 36.2 RS, presentado por sujeto legitimado para ello y con un *petitum* congruente, se examinan a continuación las tres líneas argumentales del recurso que tienen carácter sustantivo, que son:

- la existencia de vicio, que podría calificarse de genérico, en el acuerdo de la Mesa del Senado objeto de impugnación.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

- la insuficiente justificación por la Mesa del Senado de la inadmisión de la propuesta de candidato de D. Enrique López y López, presentada por diversas Asambleas legislativas de Comunidades Autónomas.
- lo que el recurso denomina “sobre el proceso de designación y la interpretación de la Secretaría General” y que podría traducirse como la impugnación de la inactividad de la Mesa al no solicitar a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas la ratificación o eventual modificación de las propuestas efectuadas en septiembre de 2008 y particularmente a los Parlamentos de Galicia y Vasco como consecuencia de las elecciones habidas a los mismos.

Primero.- La existencia de vicio “genérico” en el acuerdo de la Mesa del Senado.

Conforme al artículo 36.1c) RS, antes transcrito, es competencia de la Mesa la calificación de los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como la decisión sobre su admisibilidad y tramitación, lo que, en el caso de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, se prevé además de forma expresa en el artículo 184.4 RS, que establece que “la Mesa decidirá sobre la admisión a trámite de la candidatura”.

A tal efecto, el apartado 3 del artículo 184 establece que “las candidaturas deberán acreditar, de forma indubitada, que los candidatos cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo”, exigencia que se diferencia nítidamente de la relación de los méritos profesionales y demás circunstancias que puedan manifestar la idoneidad del candidato para el puesto (artículo 184.3 *in fine*) y que no es objeto de valoración por la Mesa sino por la Comisión de Nombramientos y en su caso por el Pleno.

Se trata por lo tanto de la atribución de una competencia que el Reglamento establece de forma expresa y que exige de la Mesa de la Cámara una actuación sujeta al ordenamiento jurídico, una actuación técnico-jurídica de un órgano de un poder público que, como dice el artículo 9.1 CE, está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Ello excluye que la actuación de la Mesa tenga carácter político, esto es, que su decisión sea política en el sentido de no sujeta a reglas.

Lo que el órgano rector de la Cámara debe realizar, como ha sido reconocido por una extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es una verificación



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

consistente en la valoración jurídica acerca del cumplimiento por los candidatos propuestos de los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo, así como del cumplimiento de los demás requisitos que el Reglamento establece en esta materia.

Es una conclusión evidente que cuando la Mesa ejerce de modo ajustado a Derecho la competencia que se acaba de describir no puede producirse lesión jurídica alguna.

En este sentido, y sin perjuicio de lo que más adelante se señalará, debe descartarse ya la afirmación contenida en el recurso de que la Mesa ha efectuado una interpretación política del certificado sobre los servicios prestados por D. Enrique López y López en la carrera judicial emitido por el Jefe del Servicio de Personal Judicial del Consejo General del Poder Judicial; lo que no puede sostenerse, como hace el recurso, es que un certificado de los servicios prestados por un juez o magistrado expedido por un órgano administrativo del Consejo General del Poder Judicial sirva por si solo para sustituir el juicio de legalidad que a la Mesa compete sobre el cumplimiento por los candidatos de los requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional en su función de calificación de escritos parlamentarios. E igualmente debe rechazarse que la Mesa haya hecho un juicio de idoneidad -o, como equívocamente se dice en el recurso, de "aptitud"- del candidato no admitido a trámite.

Corroboran las afirmaciones anteriormente indicadas la jurisprudencia que se deduce de la sentencia del Tribunal Constitucional 101/2008, de 24 de julio, relativa al recurso de inconstitucionalidad formulada por Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en cuyos Fundamentos Jurídicos 4º, 5º, 6º y 9º se contienen afirmaciones tales como que "el propio precepto impugnado claramente deja en manos de la Cámara Alta la facultad de controlar que los candidatos presentados por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas cumplen los requisitos exigidos" (F.J.4º); que "sobre los Parlamentos autonómicos pesa una primera obligación, consistente en la carga de acreditar que los candidatos presentados cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo" y que "la Mesa de la Cámara, previa, en su caso, solicitud a la Comisión de Nombramientos de su criterio al respecto, pueda decidir sobre la inadmisión de las candidaturas presentadas si aprecia, en alguno de los candidatos propuestos, el incumplimiento de los requisitos constitucional y legalmente exigibles, inadmisión que determinaría, llegado el caso, la presentación, por los Parlamentos autonómicos, de nuevos candidatos, en los plazos al efectos establecidos por la Mesa del Senado, en aplicación de la previsión del artículo 184.4 RS, al que expresamente remite el nuevo apartado 7a) añadido en la reforma de dicho Reglamento objeto del presente proceso" (F.J.5º); así como una nueva afirmación de que corresponde a la propia Mesa de la Cámara "el control



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

inicial, en el momento de la admisión a trámite de la candidatura, acerca del cumplimiento de los requisitos exigidos para desempeñar el cargo y a la Comisión de Nombramientos, previa remisión por la Mesa de la Cámara de las candidaturas admitidas (art. 184.5 RS) examinar especialmente la idoneidad de los candidatos propuestos a fin de elevar al Pleno la correspondiente propuesta” (F.J.6º). Finalmente, también en el sexto párrafo del F.J.9º, el Tribunal Constitucional reitera la facultad de la Mesa del Senado de inadmisión de las candidaturas, todas o algunas, supuesto en el cual deberá dar cuenta “de la inadmisión a la Asamblea que haya propuesto al candidato rechazado, pudiendo dicha Asamblea presentar nuevo candidatos en el plazo que a tal efecto establezca la Mesa del Senado”.

Por otra parte, como ya se señaló en el Informe de la Secretaría General de fecha 13 de octubre de 2008 sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución, las Leyes y el Reglamento del Senado por las candidaturas de magistrados del Tribunal Constitucional presentadas por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, junto al control de estricta legalidad que, conforme a lo que se ha señalado en el párrafo anterior, corresponde a la Mesa del Senado, existen otros dos controles de legalidad.

El primero de ellos es el que compete a cada una de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas en la fase de admisión a trámite de las candidaturas presentadas por los sujetos a los que su normativa propia legitime, antes de la adopción del acuerdo que corresponda en sesión plenaria. Es evidente que no es función de la Mesa del Senado examinar si este control de legalidad se ha efectuado o no y tampoco de qué forma, pues ello integra el ámbito de autonomía que corresponde a cada una de dichas Asambleas legislativas. Pero resulta igualmente evidente que el hecho de que tal control se pueda dar en los Parlamentos autonómicos no constituye, de ninguna manera, un obstáculo al control de legalidad que compete a la Mesa del Senado respecto de las propuestas provenientes de tales Asambleas, control que, como se ha reseñado, ha sido contundentemente ratificado en la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

Junto a este control previo, el ordenamiento jurídico prevé un control de legalidad posterior en el tiempo al que, conforme al Reglamento del Senado, corresponde a la Mesa. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.i LOTC, será el Pleno del propio Tribunal Constitucional el que pueda verificar que los magistrados elegidos por la Cámara reúnen los requisitos constitucional y legalmente establecidos.

Como consecuencia de todo ello, desde esta perspectiva formal se puede afirmar que los acuerdos de la Mesa del Senado relativos a la admisión o no a trámite de los candidatos propuestos por las Asambleas legislativas autonómicas, incluido el que es objeto de impugnación, no vulneran ni la letra ni el espíritu de la



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Constitución, ni de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ni del Reglamento del Senado.

Los acuerdos adoptados en fecha 1 de junio de 2010 implican la admisión a trámite de veintiuna candidaturas propuestas por los Parlamentos autonómicos.

La Mesa se limita a inadmitir dos de ellas (no solo una, como parece deducirse del recurso objeto de este Informe, pues también rechaza la propuesta del Parlamento de Andalucía de D Juan Carlos Campo Moreno), y, por aplicación del artículo 184.4 RS, se da un nuevo plazo, suficiente, a los Parlamentos que presentaron candidatos no admitidos para que efectúen una nueva propuesta, aplicándose literal y estrictamente no solo el Reglamento de la Cámara sino la jurisprudencia antes transcrita del Tribunal Constitucional.

Segundo.- La insuficiente justificación por la Mesa del Senado de la inadmisión de la propuesta de candidato de D. Enrique López y López, formulada por diversas Asambleas legislativas de Comunidades Autónomas.

El acuerdo de la Mesa del Senado de 1 de junio de 2010 inadmite a trámite las candidaturas de D. Enrique López y López y de D. Juan Carlos Campo Moreno por entender que ninguno de ellos cumple el requisito que los artículos 159 CE y 18 LOTC establecen: más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función.

Dicho acuerdo se fundamenta en considerar que los periodos en los que dichos candidatos se hallaron en situación de servicios especiales no se pueden computar como de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función, de acuerdo con la tesis principal sostenida en el Informe de la Secretaría General de 13 de octubre de 2008.

El acuerdo de la Mesa, sin embargo, no señala expresamente que las tareas ejercidas por ambos candidatos como Vocales del Consejo General del Poder Judicial no pueden ser asimiladas en absoluto a las de magistrado o juez en activo porque resulta evidente que ello es así. Haberlo hecho hubiera sido justificar lo obvio.

Frente a ello, en el discurso argumental del recurso son dos las tesis que se sostienen y que se analizan por separado:

- la plena asimilación de la situación de servicios especiales con la de servicio activo.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

- el desarrollo por el Consejo General del Poder Judicial y por sus Vocales de funciones asimilables a la función jurisdiccional o relacionadas con ella.

1. El recurso sostiene la plena asimilación de la situación de servicios especiales con la de servicio activo.

Para comenzar, en este Informe se dan por reproducidos los argumentos sostenidos en el Informe de la Secretaría General de 13 de octubre de 2008. No obstante, es posible añadir algunas consideraciones a las allí formuladas, a la vista de algunos de los argumentos sostenidos en el recurso.

La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en sus artículos 159 y 18 respectivamente exigen, para ser elegido como magistrado del Tribunal Constitucional, una cualificación que se debe acreditar por la condición de jurista en unas determinadas categorías profesionales y por la experiencia. Los preceptos invocados fijan un criterio temporal -15 años- y otro objetivo –en activo- para valorar esa experiencia.

La expresión “en activo” es una referencia unívoca, que no induce a error y que se refiere a actividad, a llevar a cabo directamente la función desempeñada. De lo contrario no habría ejercicio profesional, pues es claro que la experiencia sólo la da el ejercicio profesional o el desempeño de la función, en ambos casos en activo. Por ello no es posible compartir la asimilación pretendida por el recurso.

Las situaciones de activo y de servicios especiales son radicalmente distintas. En la primera, el funcionario o fiscal o magistrado ejerce la función propia de su condición en plenitud. La segunda, en cambio, constituye una ficción jurídica a efectos de reserva de la plaza, antigüedad y ascensos. Pero quien se halla en situación de servicios especiales no está ejerciendo activamente su función, sino otra distinta.

Las normas invocadas por el recurso nunca dicen que la situación de activo abarque a la de servicios especiales, es decir, que la situación de servicios especiales sea uno de los supuestos de la situación de servicio activo y que ambas estén homologadas legalmente. Lo que estas normas dicen, con diversas variantes, tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, es que se tendrá por prestado, o que se computará como prestado en servicio activo, el tiempo trascurrido en servicios especiales, en materias como ascensos, antigüedad y derechos pasivos y derecho a reserva de plaza. Es evidente que el legislador no ha asimilado ambas situaciones. Y probablemente no lo haya hecho por lo que más adelante se dirá en relación con las sustanciales diferencias que existen entre la función jurisdiccional que ejercen



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

jueces y magistrados y la función gubernativa atribuida al Consejo General del Poder Judicial.

Cierto es que el artículo 186.2.c) del Reglamento de la Carrera Judicial citado en el recurso dispone que “el tiempo permanecido en situación de servicios especiales tendrá la consideración de servicios prestados en el destino reservado”, pero el recurrente omite un elemento esencial al transcribir de forma parcial dicho precepto: ello es a los solos efectos (como prevé el apartado 1 de ese artículo 186) de la provisión de plazas en Juzgados, Audiencias y Tribunales Superiores de Justicia, es decir dentro del ámbito de la carrera judicial y a efectos administrativos de ascensos. Sin embargo, como es bien conocido, el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial y por ende tampoco es un destino de la carrera judicial.

Por otra parte, el análisis de las situaciones en las que pueden hallarse los jueces y magistrados según el artículo 348 LOPJ pone, además, de relieve que la potestad jurisdiccional sólo se ejerce en la de servicio activo. En el resto de situaciones no se ejerce la jurisdicción.

A mayor abundamiento, la LOPJ nunca afirma que la situación de servicios especiales es una situación de servicio activo, cuando, si así se hubiera querido, se podría haber hecho simplemente añadiendo la situación de servicios especiales en la redacción del artículo 349. En cambio, este artículo, que no aparece mencionado en ningún momento en el recurso, es el que detalla en qué casos estarán en situación de servicio activo los jueces y magistrados: cuando ocupen plaza correspondiente en la Carrera Judicial, cuando se encuentren adscritos provisionalmente, cuando hayan sido nombrados jueces adjuntos, o cuando les haya sido conferida comisión de servicio con carácter temporal. A estos casos, se debe añadir cuando, de conformidad con el artículo 118 LOPJ, un juez o magistrado queda adscrito a disposición del Presidente del correspondiente Tribunal Superior de Justicia como consecuencia de la supresión o reconversión, con cambio de orden jurisdiccional, de una determinada plaza de la que sea titular dicho juez o magistrado.

En consecuencia, cabe afirmar que la Mesa del Senado ha hecho una interpretación adecuada de la Constitución, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, de conformidad con la certificación emitida por el Consejo General del Poder Judicial acerca de los servicios prestados por D. Enrique López y López en la carrera judicial, la cual acredita que, descontados los períodos en los que dicho candidato se halla en situación de servicios especiales, el tiempo de ejercicio profesional o en activo del mencionado candidato no alcanza los quince años exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

2. El recurso sostiene que el Consejo General del Poder Judicial y sus Vocales desarrollan funciones asimilables a la función jurisdiccional o muy relacionadas con ella.

El recurso parece apuntar a que la función desempeñada por el Consejo General del Poder Judicial y por sus Vocales puede ser considerada a efectos del cómputo de los quince años de ejercicio profesional. Pero hay que descartar desde el primer momento esta posibilidad.

Cuando la Constitución y la Ley Orgánica se refieren a la condición de magistrado (o juez) de los candidatos lo hace respecto de quienes ejercen la función jurisdiccional conforme a lo establecido en el artículo 117 de la Constitución, que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por el contrario, la tarea que compete al Consejo General del Poder Judicial es la del gobierno de los jueces y magistrados, que los artículos 107 y siguientes LOPJ concretan en un abanico de funciones de las cuales se desprende que la tarea que desempeñan los Vocales del Consejo General del Poder Judicial es una tarea gubernativa y no jurisdiccional. En consecuencia debe descartarse de plano que la condición de Vocal del Consejo pueda asimilarse a la de magistrado en el ejercicio profesional.

Por ejemplo, no cabe frente a actos del Consejo General del Poder Judicial, entender aplicable el artículo 24 de la Constitución, que se refiere a la tutela judicial efectiva, como garantía más propia de la función judicial. Y por otra parte, los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial son revisables en la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que permite atribuirles una naturaleza materialmente administrativa, nunca jurisdiccional.

La separación entre función jurisdiccional y Consejo General del Poder Judicial es tan completa, en contra de la tesis del recurso de que entre ellas hay una continuidad, que el artículo 120 LOPJ prohíbe que sean promovidos sus Vocales durante la duración de su mandato a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, ni nombrados para cualquier cargo de la carrera judicial de libre designación o en cuya provisión concurra apreciación de méritos, lo que supone no solamente que la función atribuida al Consejo es diferente sino que existen restricciones en la promoción que lo son por ser parte del Consejo General del Poder Judicial.

Cabe asimismo recordar que la finalidad perseguida con la creación de este órgano constitucional fue la de sustraer del Poder Ejecutivo determinadas tareas que tradicionalmente había desempeñado en relación con el Poder Judicial que, en la medida que podrían servir al Gobierno para influir sobre los Tribunales, podrían “enturbiar la imagen de la independencia judicial” (STC 105/1996, FJ 7). Este origen del Consejo General del Poder Judicial viene a confirmar asimismo su carácter de



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

órgano no jurisdiccional, lo que es coherente con el hecho de que puedan formar parte del mismo abogados o juristas que no tienen la condición de jueces o magistrados y que precisamente por ello nunca podrían ejercer la función jurisdiccional.

Puede finalmente afirmarse que para lograr garantizar la exclusividad de la función jurisdiccional es preciso que la aplicación del estatuto judicial esté reservado a una instancia externa al propio Poder Judicial y que la aplicación de este régimen estatutario sea una función de naturaleza estrictamente administrativa.

En conclusión, la afirmación reiterada varias veces en el recurso de que la función judicial no se deja de ejercer cuando se desarrolla la función de gobierno del Consejo General del Poder Judicial porque son funciones asimiladas o relacionadas, según las diferentes expresiones que usa el recurso, no se ajusta ni al principio de exclusividad de la función jurisdiccional (artículo 117. 3 CE) ni a la finalidad constitucional a la que responde el Consejo General del Poder Judicial (artículo 122 CE).

Tercero.- Lo que el recurso denomina “sobre el proceso de designación y la interpretación de la Secretaría General” y que podría traducirse como la impugnación de la inactividad de la Mesa al no solicitar a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas la ratificación o eventual modificación de las propuestas efectuadas en septiembre de 2008 y particularmente a los Parlamentos de Galicia y Vasco como consecuencia de las elecciones habidas a los mismos.

Como ya se señaló al comienzo del presente Informe, si bien el objeto inicial del recurso era impugnar “el acuerdo de la Mesa del Senado de fecha 1 de junio de 2010 modificado por la corrección de errores de 8 de junio de 2010, por el que se admiten a trámite y remiten a la Comisión de Nombramientos 24 propuestas de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional por cumplir los requisitos exigidos por la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Reglamento del Senado; y, asimismo, no se admite a trámite la propuesta de D. Enrique López y López formulada por las Asambleas de Madrid y Extremadura, las Cortes de Castilla y León y los Parlamentos de Cantabria y La Rioja, por no cumplir el requisito relativo a tener más de 15 años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función, previsto en los artículos 159.2 de la Constitución y 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en el cuerpo del mismo se cuestiona el procedimiento seguido por la Mesa del Senado y en concreto su inactividad consistente en no solicitar a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas la ratificación o eventual modificación de las propuestas efectuadas en



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

septiembre de 2008, y particularmente a los Parlamentos de Galicia y Vasco como consecuencia de las elecciones a los mismos habidas entre septiembre de 2008 y mayo de 2010, todo ello como consecuencia del lapso de tiempo transcurrido entre ambas fechas.

El procedimiento de elección por el Senado de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional se inició al recibirse del Tribunal la comunicación de la expiración del mandato el día 17 de diciembre de 2007 de los cuatro magistrados que la Cámara había elegido nueve años antes. Antes de esa fecha se había aprobado, mediante Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, una modificación del artículo 16.1 LOTC que afectaba al mecanismo de elección senatorial y que fue objeto de recurso de inconstitucionalidad formulado por Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso ante el propio Tribunal Constitucional, resuelto en forma desestimatoria por STC 49/2008, de 9 de abril. Y el 21 de noviembre de 2007 el Senado modificó su Reglamento para adaptarlo a la reforma del artículo 16.1 LOTC, lo que asimismo fue objeto de impugnación, en esta ocasión por Senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, mediante recurso de inconstitucionalidad asimismo desestimado mediante STC 101/2008, de 24 de julio. Cabe también señalar que diversos Parlamentos autonómicos solicitaron al Senado en diciembre de 2007 la suspensión del procedimiento de elección -en concreto del plazo de presentación de propuestas- con la finalidad de adaptar sus reglamentos a la nueva competencia obtenida, y que el Senado, nada más hacerse pública la STC 101/2008, entre finales de julio y el 29 de septiembre de 2008 reanudó el plazo de presentación de propuestas, deteniéndose en el mes de octubre de 2008 el procedimiento una vez recibidas determinadas aclaraciones de diversos Parlamentos autonómicos sobre los candidatos propuestos. Desde esa fecha y hasta mayo de 2010 el procedimiento queda pendiente para su continuación del acuerdo de la Mesa relativo a la admisión a trámite de las propuestas de candidatos.

Cierto es que se trata de un proceso extraordinariamente dilatado en el tiempo, que ha supuesto que la elección de los magistrados lleve bastante más de dos años de retraso. Pero también es cierto que hay circunstancias, de índole procesal unas, y de falta de acuerdo político otras, que explican (aunque difícilmente justifiquen) la duración del mismo. En todo caso cabe afirmar que, pese a ello, no se ha producido ninguna vulneración del procedimiento.

Como consecuencia, precisamente, de la reanudación del mismo a finales de mayo de 2010, y a solicitud del Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en el Senado recogida por la Presidencia de la Cámara en la Junta de Portavoces del día 25, la Secretaría General emitió Informe de fecha 31 de mayo, cuyas conclusiones se reproducen en el recurso, acerca de si procedía “que el Senado se dirija a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas en relación con las



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

propuestas e candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional al reanudarse el proceso de elección”.

Pues bien, en el recurso objeto del presente Informe se cuestiona indirectamente la inactividad de la Mesa (al no solicitar a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas la ratificación o eventual modificación de las propuestas efectuadas en septiembre de 2008 y particularmente a los Parlamentos de Galicia y Vasco como consecuencia de las elecciones habidas a los mismos) por el procedimiento de rebatir los criterios sostenidos o pretendidamente sostenidos, según el caso, en el citado Informe de la Secretaría General de 31 de mayo de 2010. En concreto son tres los argumentos en que se funda el recurso:

- la afirmación –inexacta- de que el Informe sostiene que el proceso de designación de magistrados del Tribunal Constitucional es un procedimiento administrativo, lo que, sin duda en un exceso involuntario, el recurso califica de posición “interesada” de la Secretaría General (página 17, línea tercera).
- la definición del procedimiento de designación de magistrados del Tribunal Constitucional como de naturaleza eminentemente política, lo que tiene como consecuencia que la Cámara, que también es política, puede disponer del procedimiento cuando así lo exijan las circunstancias políticas.
- la excesiva duración del procedimiento tendría como consecuencia o bien su reinicio, o, al menos, que se puedan presentar nuevos candidatos en los casos en que se ha producido “un cambio en el titular del órgano” (página 24 del recurso), es decir, por parte de los Parlamentos del País Vasco y de Galicia.

El primero de los argumentos no requiere excesivos comentarios. Basta reproducir tres incisos del Informe de 31 de mayo:

- el penúltimo párrafo de la página 2 del Informe que dice: “En general, la función del procedimiento parlamentario –con sus especificidades- es la misma que tienen el resto de procedimientos conocidos (administrativo, judicial): es el *iter* jurídicamente regulado *a priori* para la producción de actos, lo que constituye una garantía fundamental de que las actuaciones sean realizadas conforme a un orden previamente establecido y no de forma arbitraria, atendiendo así a las exigencias del principio de seguridad jurídica”.
- la descripción del procedimiento parlamentario de elección de magistrados del Tribunal Constitucional realizada en la página 3, que incluye los siguientes actos:



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

1. Apertura por la Mesa de la Cámara de un plazo para la presentación de candidaturas (artículo 184.1 RS).
2. Comunicación del Presidente del Senado a los Presidentes de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas de dicho plazo (artículo 184.7 a) RS).
3. Presentación por las Asambleas legislativas, en ese plazo, de un máximo de dos candidatos (artículo 184.7 a) RS).
4. Calificación y admisión a trámite por la Mesa de las candidaturas (artículos 36.1 c) y 184.4 RS).
5. Remisión a la Comisión de Nombramientos de las candidaturas admitidas (artículo 184.5 RS).
6. En caso de inadmisión, se dará cuenta a la Asamblea autora de la propuesta, que podrá presentar nuevo candidato en el plazo que al efecto establezca la Mesa (artículo 184.4 RS).
7. Comparecencia de los candidatos admitidos en la Comisión de Nombramientos (artículo 185.3 y 184.7 b) RS).
8. Propuesta de la Comisión de Nombramientos al Pleno (artículo 184.7 b) RS).
9. Deliberación y votación en el Pleno (artículo 186 RS).

- la conclusión primera (página 6) en la que se afirma que “el Senado ha actuado con sujeción plena al procedimiento que establecen la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su Reglamento” lo que permite descartar la naturaleza administrativa del mismo.

Para examinar la segunda línea argumental del recurso en este ámbito (esto es, el carácter político del procedimiento) es preciso recordar que en un Estado constitucional de Derecho todos sus órganos están sometidos a la Constitución y a las leyes, como establece en el caso español el artículo 9.1 CE, que dispone que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. No hay espacios de ejercicio del poder político que estén exentos de la citada vinculación, que se declara en los más amplios términos materiales y sin excepciones, a diferencia de épocas anteriores. La garantía constitucional se extiende obviamente a las Cámaras parlamentarias que tienen atribuidas diversas funciones constitucionales, significando el artículo 9.1 que las mismas, que suponen el ejercicio de la actividad política, tienen que ser desarrolladas siempre de acuerdo con las normas constitucionales, sean de procedimiento o materiales.

Frente a ello y conforme al recurso, la actividad política sería una especie de esfera de actuación vinculada formalmente a normas de procedimiento que serían disponibles para los órganos que adoptan decisiones políticas en virtud de unos cambios de circunstancias que son valorados por esos mismos órganos. Es decir,



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

que materialmente no habría en realidad sujeción a las normas de procedimiento lo que nos llevaría a concluir la irrelevancia de las normas previstas en la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Reglamento del Senado para regular el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional descrito de manera sistemática anteriormente, y cayendo así en la pura y simple arbitrariedad. Esta argumentación debe ser rechazada rotundamente, pues lo que exige el artículo 9.1 CE es que la actuación de los órganos constitucionales que expresan una voluntad política se desarrolle de conformidad con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico atendiendo así al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y excluyendo por tanto toda arbitrariedad en la toma de decisiones.

Es en este marco, de ejercicio conforme a Derecho de potestades públicas, donde se sitúa la doctrina de la conservación y la inalterabilidad de los actos jurídico-públicos y donde no tiene cabida el invocado principio *rebus sic stantibus*, por ser una figura acuñada en el Derecho Civil Patrimonial, vinculada exclusivamente al ámbito de los contratos civiles y que además es objeto de una interpretación muy restrictiva, ya que su aplicación exige que se haya dado una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en que inicialmente se había pactado el contrato que hacen que su cumplimiento sea más oneroso o gravoso para alguna de las partes.

En relación finalmente con la tercera línea argumental debe rechazarse que el mero transcurso del tiempo pueda tener una consecuencia invalidante de todo el procedimiento, o que ello justifique la posibilidad de reiniciarlo para algunas Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas en las que se hubiesen producido cambios en su composición y, por lo tanto, en sus mayorías políticas. Para el recurrente esta es una consecuencia de su consideración eminentemente política del procedimiento, que sería disponible para el Senado al margen de lo dispuesto en las normas que lo regulan, pero lo cierto es que no existe ninguna norma que prevea algún supuesto de caducidad de las candidaturas ni de pérdida en sentido alguno de su vigencia y por lo tanto, en este sentido, no existe ninguna norma que ampare la posibilidad de interrumpir o alterar el procedimiento atendiendo a los argumentos expuestos en el recurso. Y ello no es en absoluto un razonamiento “reglamentista de la Secretaría General” sino la simple consecuencia de entender que el Senado se encuentra vinculado al cumplimiento de las normas que establece su Reglamento para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional pues actuar de otra manera, al margen de esas normas, sería caer en una actuación arbitraria como se dijo anteriormente.

Además, por las mismas razones, el Senado tampoco tiene ya disposición sobre el trámite de las propuestas de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, pues éstas han ejercido su competencia al respecto en tiempo y forma



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

y por lo tanto las candidaturas están dotadas plenamente de validez de forma que el procedimiento se encuentra pendiente de su continuación en el Senado y no en aquéllas. La única excepción prevista expresamente a lo anterior se da en el caso de aquellas Asambleas legislativas respecto de las que, habiendo sido inadmitido por la Mesa del Senado alguno de los candidatos propuestos, han podido disponer de un nuevo plazo para designar un nuevo candidato. Pero una vez finalizado este plazo, el trámite estará definitivamente concluido conforme a las normas que son aplicables y lo que resultará exigible es la continuación del procedimiento.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- El objeto del recurso es el acuerdo de la Mesa del Senado de fecha 1 de junio de 2010 relativo a la admisión a trámite de las propuestas de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional formuladas por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y las pretensiones que frente al mismo se sostienen, no compatibles entre sí y por ello incongruentes, son cumulativamente la anulación de dicho acuerdo con adopción de uno nuevo admitiendo a trámite como candidato a D. Enrique López y López, por una parte, y la reiniciación del procedimiento de elección de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, por otra.

Segunda.- Aunque no se dice expresamente en el recurso, su fundamento jurídico no puede ser otro que el artículo 36.2 RS.

Tercera.- Conforme a una interpretación sistemática y analógica del Reglamento del Senado deben entenderse legitimadas para recurrir el acuerdo de admisión a trámite de las propuestas de candidatos a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas respecto de las formuladas por cada una de ellas, lo que, en principio, excluye la legitimación del Grupo Parlamentario Popular en el Senado que no se halla "afectado directamente" por el acuerdo de la Mesa como exige el artículo 36.2 RS. Sólo si la Mesa interpreta en un sentido muy amplio el concepto de afectación directa podría entenderse legitimado a dicho Grupo Parlamentario si considera que el mismo es titular de un interés indirecto y legítimo en que la propuesta inadmitida sea remitida a la Comisión de Nombramientos de la que su Portavoz forma parte.

Cuarta. La Mesa de la Cámara ha ejercido conforme a Derecho la potestad que le confieren los artículos 36.2 y 184 RS de calificación y admisión a trámite de las propuestas de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo establecido en la STC 101/2008, de 24 de julio, al margen de interpretaciones políticas y sin lesionar derechos subjetivos.



SENADO

SECRETARÍA
GENERAL

Quinta.- La Mesa del Senado ha fundamentado jurídicamente de forma suficiente e indubitada que la propuesta de candidato de D. Enrique López y López no cumple con los requisitos que establecen los artículos 159 CE y 18 LOTC para ser magistrado del Tribunal Constitucional al no reunir más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función, dado que la situación de servicios especiales, según lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es asimilable en modo alguno a la situación de servicio activo, y que resulta evidente que la función que desarrollan el Consejo General del Poder Judicial y sus Vocales no es asimilable, en absoluto, a la función jurisdiccional ejercida en exclusiva por jueces y magistrados.

Sexta.- El procedimiento que la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Reglamento del Senado establecen para elegir magistrados del Tribunal Constitucional es un procedimiento jurídico vinculante para todos los sujetos que intervienen en el mismo, de carácter no disponible en función de circunstancias políticas o del mero transcurso del tiempo.

Palacio del Senado, a 29 de junio de 2010.