

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 367/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1415/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 24 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo número 367/2018, interpuesto por don JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y defendido por el Letrado D. José Luis Fuertes Suárez, contra la Proclamación de Candidaturas que con fecha 17 de septiembre de 2018, publicada en la intranet del Consejo General del Poder Judicial del mismo día, realizó la Junta Electoral prevista en el artículo 576 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dentro del procedimiento de designación de Vocales de origen judicial.

Ha sido parte demandada LA JUNTA ELECTORAL prevista en el artículo 576 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ha intervenido el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de septiembre de 2018 y de conformidad con el artículo 577 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Proclamación de Candidaturas que con fecha 17 de septiembre de 2018, publicada en la intranet del Consejo General del Poder Judicial del mismo día, realizó la Junta Electoral prevista en el artículo 576 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dentro del procedimiento de designación de Vocales de origen judicial.

En el suplico se solicitaba la admisión de la candidatura y su inclusión en la lista de candidaturas proclamadas.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de septiembre de 2018 se acordó su admisión y se concedió trámite de audiencia por tres días a la Junta Electoral y al Ministerio Fiscal. Se nombró magistrado ponente al Excmo. Sr. don Segundo Menéndez Pérez

TERCERO.- La Junta Electoral presentó escrito de alegaciones el día 20 de septiembre de 2018 mostrándose contraria a la estimación del recurso y planteando la posible falta de agotamiento de la fase administrativa previa por no haber formulado impugnación contra el Acta de 6 de septiembre de 2018, publicada en forma, donde se acordaba la lista de candidatos que reunían los requisitos legalmente exigidos sin incluir al magistrado recurrente.

En idéntico trámite y fecha el Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones manteniendo que el recurso debería ser inadmitido por extemporáneo o, subsidiariamente, estimado en los términos postulados por el recurrente

CUARTO.- Finalizadas las actuaciones pasaron los autos al Magistrado ponente y el asunto fue deliberado el día 21 de septiembre de 2018, asignándose la ponencia al Excmo. Sr. don Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo por haber disentido el anterior del criterio mayoritario y anunciar la formulación de voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A la hora de resolver el presente recurso contra la Proclamación de Candidaturas que con fecha 17 de septiembre de 2018 realizó la Junta Electoral prevista en el artículo 576 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dentro del procedimiento de designación de Vocales de origen judicial, publicada en la intranet del Consejo General del Poder Judicial del mismo día, deberemos afrontar de manera preferente los obstáculos procesales que tanto la Junta Electoral como el Ministerio Fiscal han puesto de manifiesto en sus respectivos escritos de alegaciones.

Sostiene el Ministerio Fiscal, es cierto que ad cautelam y por las razones que esgrime, la posible existencia de una extemporaneidad del recurso por el hecho de que el escrito de interposición fue presentado el día 18 de septiembre de 2018 cuando el artículo 577.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fija un plazo de dos días a contar desde la publicación de la proclamación definitiva de candidaturas, alegando que, supuestamente y por los datos de que disponía, la publicación podría haber sido realizada el mismo día de la proclamación -13 de septiembre de 2018-.

Sin embargo, teniendo en cuenta que lo que se computa es el plazo de interposición del recurso, que es un plazo procesal en el que se toman en consideración los días hábiles ex artículo 181.2 de la citada norma orgánica, esa alegación ha de rechazarse pues la publicación del acto de proclamación -datado el día 13 de septiembre de 2018- se llevó a cabo el día 14 de septiembre de 2018 tal y como expresamente reconoce la Junta Electoral en

su escrito de alegaciones. De esta manera, excluidos los días 15 y 16 por ser inhábiles, el recurso fue presentado en plazo, el último día del plazo legal.

Idéntica respuesta desestimatoria merece la afirmación de falta de agotamiento de la vía administrativa previa que aduce la Junta Electoral por el hecho de que el hoy recurrente no hubiese efectuado alegaciones impugnando la decisión de excluirle, ello porque la previsión que contiene el artículo 576.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no contiene esa exigencia al venir referida única y exclusivamente a la posibilidad de que sean impugnadas las candidaturas presentadas, es decir, contempla la impugnación de la admisión de candidaturas y no la exclusión.

SEGUNDO.- Entrando en análisis de las cuestiones sustantivas adelantamos ya la desestimación del recurso, ello por las dos razones que expondremos después de dejar sentado los siguientes hechos, que no están cuestionados

a) Que el magistrado Sr. de Parada Solaesa fue declarado en situación administrativa de servicios especiales por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 8 de marzo de 2018 “mientras desempeñe el cargo de magistrado del Mecanismo Residual ante los Tribunales Internacionales de Naciones Unidas, con efectos desde el día 23 de abril de 2016 y hasta que cese la causa que ha motivado esa situación administrativa”.

b) Que la actuación del citado magistrado, como indica en los diferentes escritos que obran en este recurso, aún no ha finalizado pues el órgano internacional donde está prestando servicios está en fase de redacción de la sentencia

c) Que con fecha 6 de septiembre de 2018 la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial ha denegado al recurrente el reingreso al servicio activo por no haber justificado su cese en la causa por la que fue declarado en situación administrativa de servicios especiales.

TERCERO.- La primera de las razones que nos llevan a la desestimación del recurso está en que el artículo 573 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial debe ser entendido como un todo y valorado en su conjunto, de manera que la regla general y básica es que al presentar su candidatura los/las jueces/juezas o magistrados/as tienen que estar en servicio activo ex artículo 573.1, siendo esta exigencia un presupuesto objetivo y reglado para la concurrencia al proceso electoral.

En este caso la incompatibilidad que exige el compromiso de renuncia al cargo del artículo 573.2 estaría referida, no al cargo de jueces/juezas o magistrados/as sino al cargo de Vocal y, dentro de éstos, dado el nuevo estatuto orgánico implantado por la reforma operada por la Ley 4/2013, cabría cuestionarse si a todos o sólo a los que se integren en la Comisión Permanente que son los únicos que tendrán dedicación exclusiva a tenor de lo que dispone el artículo 579.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial..

De principio mantenemos que la incompatibilidad no puede predicarse respecto del cargo de jueces/juezas o magistrados/as porque si el requisito básico es que estén en servicio activo, no es posible predicar de ellos/as una situación de incompatibilidad.

A ello añadimos que tampoco puede estar referida al cargo de vocal sin dedicación exclusiva pues de los artículos 579.1 y el inciso final del artículo 580.1, ambos de la citada ley orgánica, contemplan la compatibilidad entre el cargo de Vocal sin dedicación exclusiva y el de jueces/juezas o magistrados/as.

De esta forma, concluimos que esa incompatibilidad, y el correlativo compromiso de renuncia al cargo que la provoca, viene referida o debe predicarse exclusivamente de los Vocales y para el caso de que pasen a integrar la Comisión Permanente, ello por el juego entre los artículos 579.2 y 580.1 de la propia Ley Orgánica. Ante esa posibilidad se exige que se explicita el compromiso de renuncia.

Esta interpretación se confirma al confrontar la actual regulación con la anterior a 2013, cuando todos los vocales eran de dedicación exclusiva, pues el artículo 112.1 decía que “Podrán ser propuestos los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo y no sean miembros del Consejo saliente o presten servicios en los órganos técnicos del mismo”, lo que reiteraba el apartado 3. Con ese modelo de composición del Consejo no era exigible el compromiso del actual artículo 573.2 pues, ex lege, no cabía el

desempeño de una actividad de suyo incompatible salvo que se otorgase compatibilidad: todos debía renunciar a cualquier cargo compatible.

Desde esta interpretación decaería una segunda interpretación posible basada en que el artículo 573.2 de la Ley Orgánica implique un supuesto distinto de apartado 1.

Aparte de lo dicho, esa segunda interpretación implicaría que el artículo 573.1 fija una regla general como requisito de concurrencia –estar en servicio activo- de forma que el apartado 2, al referirse a cargos incompatibles, estaría previendo el supuesto de jueces/zas o magistrados/as en servicios especiales, es decir, que la referencia al cargo incompatible implícitamente englobe o comprenda la situación administrativa de servicios especial o, incluso, de excedencias. Esta interpretación es excesiva pues cuando la ley ha querido fijar el requisito de concurrencia lo ha hecho con referencia a las situaciones administrativas y a una en concreto.

CUARTO.- Expuesto el criterio mayoritario de esta Sala, daremos una segunda razón para la desestimación, ello para el caso de que fuese admisible que el artículo 573.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tuviese un alcance diferente al expuesto, referido a que los afectados por incompatibilidad pueden ser todos los/las jueces/ juezas o magistrados/as que se encuentren en situación diferente a la de activo, como sería el caso aquí examinado de quien está en situación de servicios especiales por desempeñar un cargo incompatible, consideramos que lo relevante para su admisibilidad como candidato a Vocal es que, deseando presentar su candidatura para ser designado Vocal, se comprometa a formalizar su renuncia al mencionado cargo si resultare elegido.

Y en este punto sostenemos que el magistrado recurrente no ha asumido ese compromiso pues simplemente manifestó inicialmente, y luego lo solicitó expresamente, su intención de reingreso al servicio activo, que, por cierto y como ha quedado reseñado, le ha sido denegado por no haber justificado su cese en la causa por la que fue declarado en situación administrativa de servicios especiales. Quede claro que con esta referencia a los motivos de la denegación de reingreso no estamos desconociendo que la norma a examinar y valorar no exige la renuncia al cargo incompatible para

postularse como Vocal, sino meramente un compromiso de formalización de renuncia.

La razón de ser de afirmar que el magistrado no ha asumido el compromiso legalmente exigido es porque en los diferentes escritos dirigidos a la Junta Electoral lo que manifestó, y luego llevó a cabo, es que solicitaría el reingreso al servicio activo una vez finalizase la fase actual de su cometido en el órgano internacional, ello haciendo indicación de que su previsión es que la finalización de sus funciones en la redacción de la sentencia sea para el 15 de noviembre de 2018, por lo que, en el caso de ser elegido, estaría ya en la exigida situación de servicio activo, resaltando al final de su escrito de presentación de candidatura que “en todo caso esta es una situación a la que expresamente me comprometo en este acto, formulando la correspondiente renuncia, todo ello a tenor del nº 2 del art 573 de la LOPJ”.

Lo que el magistrado hizo en ese momento es (1) decir que se comprometía al reingreso al servicio activo al finalizar su cometido en el cargo incompatible, de manera que es patente que no se comprometía a renunciar al cargo sino a agotar sus cometidos; y, (2) solicitó el reingreso intentado cumplir el requisito básico de estar en servicio activo antes de finalizar el plazo de presentación de candidaturas.

Esta actuación, en cuanto estricta petición de reingreso al servicio activo, a lo sumo podría llegar a entenderse como una renuncia a la situación de servicios especiales, siendo prueba directa de ello el hecho de que en su escrito de alegaciones presentado en esta Sala el 20 de septiembre de 2018, en el punto I de su alegación Segunda, dice “El recurrente presentó su candidatura de forma condicional a cumplir los requisitos legales para ello en el momento de su proclamación, al amparo del art 573.2 LOPJ, lo que de acuerdo con tal norma es plenamente válido y el recurrente ha cumplido sobradamente al renunciar a su situación de servicios especiales con efectos desde el 3 de septiembre de 2018” y, posteriormente, en el punto III de esa misma alegación Segunda, afirmar que “El recurrente en todo caso ha renunciado a todos los efectos a la situación de servicios especiales para despejar cualquier duda sobre ese particular solicitando el reingreso al servicio activo con fecha 1 de septiembre de 2018”.

Y es evidente que la renuncia a la situación de servicios especiales, siendo algo diferente a lo exigido por el artículo 573.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en orden al compromiso, no era ni es, sobre todo en este caso, un acto directamente dependiente de la mera voluntad del magistrado pues su concesión quedaba condicionada a su cese en el cargo incompatible que motivó su pase a la situación de servicios especiales, es decir, a la desaparición de la causa que la motivó.

Lo necesario, según el claro tenor literal del artículo 573.2, es que el magistrado que ocupe cargo incompatible se comprometa a formalizar su renuncia al citado cargo si resultare elegido, algo que el magistrado recurrente, tal y como hemos razonado, nunca ha efectuado ni, es más, ha afirmado o alegado que pueda efectuarlo o esté en condiciones de hacerlo atendiendo al régimen jurídico de su nombramiento y a la fase procedimental en que se encuentra su actuación en el órgano internacional, donde, no lo olvidemos, ha intervenido en la celebración de la vista o juicio oral y que, finalmente, ha desembocado en la situación actual de deliberación y redactado de la sentencia, siendo en este punto donde el magistrado hace la previsión de finalización para el 15 de noviembre de 2018.

Por mucho que se busque ampliar la interpretación de sus escritos a los efectos de salvaguardar el derecho de acceso consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución Española, consideramos que la mera cita y referencia al artículo 573.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos ya expuestos, no permite afirmar la existencia de lo que no se hace, de un compromiso de renuncia al cargo incompatible que motivó su paso a la situación de servicios especiales, que es la exigencia que impone ese precepto legal. Y, mucho menos, si cabe, admitir que la supuesta renuncia al relevante cargo que desempeña le sea disponible cuando el propio recurrente, en el punto III de la Alegación Segunda de su escrito de alegaciones manifiesta, aunque en referencia expresa a la situación de servicios especiales, que la renuncia formulada debe producir todos sus efectos, con independencia de los pronunciamientos que en su día puedan provenir del Tribunal Internacional donde ocupa su cargo de magistrado.

QUINTO.- Por todo lo expuesto, rechazando los óbices procesales planteados por la Junta Electoral del procedimiento de designación de vocales de origen judicial y por el Ministerio Fiscal, procede la plena desestimación del recurso, ello sin que debamos hacer especial pronunciamiento en materia de costas a la vista de la configuración y naturaleza de este recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- **RECHAZAR** las causas de inadmisibilidad opuestas por la Junta Electoral y el Ministerio Fiscal.

2.- **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo núm. 367/2018, interpuesto por la representación procesal de don José Ricardo de Prada Solaesa contra la Proclamación de Candidaturas que con fecha 17 de septiembre de 2018 realizó la Junta Electoral prevista en el artículo 576 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dentro del procedimiento de designación de Vocales de origen judicial, publicada en la intranet del Consejo General del Poder Judicial del mismo día.

3.- **NO HACER** imposición de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Segundo Menéndez Pérez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a Celsa Pico Lorenzo D. Antonio J. Fonseca-Herrero Raimundo D. José Luis Requero Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Voto particular que conforme a lo ordenado en el art. 206.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Segundo Menéndez Pérez en la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 2/367/2018, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Acepto, por remisión, los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia, en cuanto desestiman (el primero) los obstáculos procesales a que se refiere, y en cuanto relatan (el segundo) determinados hechos.

Sin embargo, discrepo, con todo el respeto que me merece la decisión mayoritaria, de los fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto, salvo, en éste, de su inciso final. Y discrepo también del apartado núm. 2 del "Fallo" de dicha sentencia.

A) **Fundamentos de derecho de los que discrepo**

Dicho aquí en apretada síntesis, esos fundamentos de derecho hubieran debido expresar razones jurídicas similares a las siguientes:

1ª. El art. 573 de la LOPJ no debe interpretarse en el sentido de que lo exigido en su núm. 1 sea igualmente requerido en el supuesto que contempla su núm. 2. Al contrario, ese art. 573 regula dos supuestos, no sólo distintos, sino también incompatibles entre sí.

En particular, la exigencia del núm. 1 de que el Juez o Magistrado, para presentar su candidatura, haya de estar en la situación administrativa de “servicio activo”, no es requerida en el núm. 2. Éste, sin hacer mayor precisión sobre el ámbito objetivo del concepto jurídico que utiliza de “cargo incompatible”, y sin excluir por tanto ninguno en concreto, debe entenderse aplicable a todo cargo incompatible con el ejercicio de la función de Vocal del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto en los números 1, 2 y 3 del art. 579 de la LOPJ y, en especial, en el núm. 1 del siguiente art. 580, el cargo que desempeña el recurrente y que determinó su pase a la situación de servicios especiales, cuál es el de *Magistrado del Mecanismo Residual ante los Tribunales Internacionales de Naciones Unidas* (así denominado, literalmente, en el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de fecha 8 de marzo de 2018), es susceptible de ser integrado en la previsión del art. 573.2, a cuyo tenor: “*El Juez o Magistrado que, deseando presentar su candidatura para ser designado Vocal, ocupare cargo incompatible se comprometerá a formalizar su renuncia al mencionado cargo si resultare elegido.*” O, dicho de otro modo, aquel cargo debe ser considerado como uno más de los *cargos incompatibles* a que se refiere el precepto que acaba de ser transcrito.

Considero, así, errónea la decisión de la Junta Electoral del art. 576 de la LOPJ, que, de un lado, entendió inaplicable ese art. 573.2, y, de otro, aplicó el art. 573.1 y su exigencia de hallarse en “servicio activo”, como razón jurídica para excluir la candidatura presentada por el recurrente.

2ª. Aunque lo que expongo a continuación no ha sido en realidad cuestionado por dicha Junta, sostengo que el recurrente sí ha cumplido lo que exige el inciso final del repetido art. 573.2, a saber: “*se comprometerá a formalizar su renuncia al mencionado cargo si resultare elegido*”.

Es así, a mi juicio y pese a las dudas que pudieran derivar del tenor de sus escritos, puestas de manifiesto en el informe del Ministerio Fiscal, por lo siguiente:

a) Como bien dice ese informe, el compromiso manifestado por el recurrente de solicitar el reingreso al servicio activo de modo que *“estaré, en caso de ser elegido, en la requerida situación de servicio activo”* (ver el escrito de presentación de su candidatura), equivale fáctica y jurídicamente a la manifestación de compromiso de renuncia al cargo del que depende la situación de servicios especiales.

b) Esa misma equivalencia y no otra es la que debe atribuirse al tenor del inciso final de tal escrito (*“En todo caso esta es una situación a la que expresamente me comprometo en este acto, formulando la correspondiente renuncia, todo ello a tenor del nº 2 del art. 573 de la LOPJ”*) pues la cita, ahí, de este precepto, no permite sostener lo contrario.

3ª. Aunque ello tampoco ha sido alegado por la Junta Electoral, mi criterio es que la duda acerca de que esa renuncia comprometida pueda llegar a ser efectiva en el momento en que ha de serlo (después de ser elegido y antes de ser nombrado), no es una circunstancia que ahora pueda impedir la estimación del recurso. Sencillamente, porque no existen en las actuaciones elementos de juicio que hablen en contra de tal posibilidad.

4ª. Las interpretaciones alcanzadas, tanto de las normas jurídicas aplicables, como de las manifestaciones del recurrente, no se oponen al sentido propio de las palabras de aquéllas, ni a su espíritu y finalidad; ni tampoco a un entendimiento razonable de las segundas. Por ello, y dado que en el proceso está concernido el derecho fundamental de *acceso a los cargos públicos* que protege el art. 23.2 de la Constitución, tales interpretaciones son las que debieron seguirse en la sentencia dictada, tal y como, en definitiva, sostiene el Ministerio Fiscal en su informe.

B) El apartado núm. 2 del Fallo

Ese apartado debió ser, por tanto, el siguiente:

“Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. José Ricardo de Prada Solaesa contra el Acuerdo de la Junta Electoral del art. 576 de la LOPJ adoptado el día 13 de septiembre de 2018. Acuerdo que declaramos nulo en cuanto no incluye en la proclamación definitiva de candidaturas la presentada por dicho recurrente.

Ordenamos, en consecuencia, la inclusión de la candidatura presentada por D. José Ricardo de Prada Solaesa en el Acuerdo de proclamación definitiva de candidaturas.”

Madrid, a 24 de septiembre de 2018.

Fdo. Segundo Menéndez Pérez

Fdo. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. ANTONIO JESÚS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico