



Roj: **STS 163/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:163**

Id Cendoj: **28079130062018100001**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/01/2018**

Nº de Recurso: **40/2017**

Nº de Resolución: **105/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

**Sentencia núm. 105/2018**

Fecha de sentencia: 29/01/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 40/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 006

Transcrito por: MAS

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 40/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 006

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 105/2018

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil

D. José Manuel Sieira Míguez



D. Nicolás Maurandi Guillén

En Madrid, a 29 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo num. 40/2017, interpuesto por el el Procurador de los Tribunales Sr. Rodríguez Nogueira en nombre y representación de D. Emilio y asistido por el Letrado Sr. Martínez Escribano contra el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 20 de diciembre de 2016. Ha sido parte demanda el Sr. Abogado del Estado en la representación que ostenta y la Procuradora Sra. Sampere Meneses en nombre y representación de D<sup>a</sup> Tomasa , y asistida del Letrado Sr. Bernaldo de Quiros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se interpuso contra el Acuerdo adoptado por el Consejo General del Poder Judicial de 20 de diciembre de 2016 por el que se nombra Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 a Doña Tomasa .

SEGUNDO.- Admitido a trámite, se requirió a la administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamiento previstos en el artículo 49 de la ley de la Jurisdicción . Verificado, se dio traslado al Procurador del recurrente para que dedujera la demanda.

TERCERO.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador de los Tribunales, Sr. Rodríguez Nogueira en nombre y representación del demandante presentó escrito en el que después de exponer los hechos y fundamentos que estimó oportunos, solicitó a la Sala dicte sentencia por la que se declare la nulidad o anulabilidad de las resoluciones impugnadas dejándolas sin efecto, con todo cuanto más fuera procedente en Derecho.

CUARTO.- Conferido traslado de la demanda a la parte recurrida el Sr. Abogado del Estado presentó el escrito de contestación a la demanda en el que tras las alegaciones oportunas termino suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto

Evacuado el traslado conferido la representación procesal de Dña. Tomasa presentó el escrito de contestación a la demanda en el que tras alegar cuanto estimo pertinente termino suplicando a la Sala desestime el recurso de referencia declarando que el nombramiento de Dña. Tomasa , presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 es conforme a Derecho, con imposición de las costas al recurrente.

QUINTO.- Mediante auto de 21 de septiembre de 2017, se acuerda el recibimiento a prueba del presente recurso, llevándose a cabo según consta en autos

SEXTO.- Se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley Jurisdiccional, para formular conclusiones. Trámite que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

SÉPTIMO.- Señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso el día VEINTICINCO DE ENERO DE DOS MIL DIECIOCHO.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión objeto de debate en el presente recurso se concreta en orden a la interpretación del párrafo segundo del artículo 391 de la LOPJ a fin de determinar si del mismo, vista la expresión "Tampoco podrán pertenecer a una misma Sala de Gobierno Jueces o Magistrados unidos entre sí por cualquiera de los vínculos a que se refiere el párrafo anterior. Esta disposición es aplicable a los Presidentes"- se deriva una situación de incompatibilidad a la hora de constituir dicha Sala, lo que impediría que puedan integrar o formar parte de la misma dos Presidentes de Audiencia Provincial unidos por vínculo matrimonial, o estamos ante una causa de inelegibilidad como Presidente/a de Audiencia Provincial de aquél o aquella que esté unido por el citado vinculo con quien ya ostenta dicha condición, lo que, en este caso, impediría su nombramiento.

Debemos comenzar señalando que toda interpretación de una norma jurídica, si bien ha de atender a la letra de la misma, no puede dejar de buscar cual fue la voluntad del legislador, la finalidad que la norma persigue e incluso la solución que aquél habría dado en el momento actual a la situación que trata de regular y ello porque el simple tenor literal de la norma, el significado común de las palabras utilizadas, no siempre es suficiente para conocer el alcance y significación de aquella. Una norma puede parecer a primera vista clara, pero puesta en relación con otras disposiciones y estudiada la eventualidad de su aplicación, puede dar lugar a dificultades interpretativas, por ello, como decíamos, es necesario acudir al análisis de finalidad y la razón de ser de la norma analizada en el conjunto legislativo de que forma parte, máxime si nos encontramos ante normas que



pueden adolecer de defectos de técnica legislativa, algo no poco parece frecuente en el conjunto de nuestro ordenamiento, algo que acontece en el caso que nos ocupa como más adelante analizaremos.

SEGUNDO.- Para llevar a cabo la interpretación del precepto en cuestión lo primero que debemos establecer es la diferencia entre inelegibilidad e incompatibilidad y en cual de estas situaciones nos encontramos. Ya en nuestro auto de 27 de enero de 2017 apuntábamos que la resolución del recurso que ahora nos ocupa pasa por decidir si en el supuesto del artículo 391 párrafo segundo de la LOPJ, estamos ante una causa de inelegibilidad o ante una situación de incompatibilidad para integrar una misma Sala de Gobierno dos Presidentes de Audiencia Provincial unidos por vínculo matrimonial.

La inelegibilidad consiste en la prohibición de presentarse como candidato para ocupar un cargo concreto por razones expresamente previstas en norma como rango de Ley y opera desde el momento mismo de la presentación de la candidatura. Por el contrario la incompatibilidad supone que una vez se produce el nombramiento para un cargo público concreto no podrá simultanearse su ejercicio con el de otro u otros en los casos que esté así legalmente previsto, o no podrá ejercerse el mismo, en todas o alguna de sus vertientes, en nuestro caso la de miembro de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior, al mismo tiempo que otra u otras personas, normalmente como consecuencia de la existencia entre ellas de vínculos familiares o de análogas significación.

En el caso que ahora nos ocupa esta Sala entiende, compartiendo en este punto el criterio de las partes en litigio, que nos encontramos ante una causa de incompatibilidad, y ello no sólo porqué no esté prevista causa alguna de inelegibilidad de manera expresa, clara y terminante para ser elegido Presidente/a de Audiencia Provincial por el hecho de estar unido por vínculo matrimonial con quien ostenta dicha condición respecto de otra Audiencia Provincial en el ámbito de un mismo Tribunal Superior de Justicia, sino porque la propia LOPJ, en su Capítulo II, Título II del Libro IV, en que se integra el artículo 391, califica las situaciones que en él se recogen como incompatibilidades o prohibiciones, y el artículo 394, al referirse a los artículos precedentes, califica la que nos ocupa expresamente de incompatibilidad. En nuestro caso por tanto estamos ante una incompatibilidad para "pertener" a una misma Sala de Gobierno, razón por la que sin duda en la convocatoria no se hizo mención expresa a causa de alguna inelegibilidad por razón de matrimonio, lo que hubiera sido obligado en el caso contrario.

TERCERO.- Sentado lo anterior, que entendemos resulta pacífico en la interpretación del precepto que nos ocupa para las dos partes en litigio, la cuestión se acota a decidir el alcance que debe darse no sólo o la palabra "pertener" utilizada para la norma, sino también de la expresión "Esta disposición es aplicable a los Presidentes".

La norma dice literalmente: "Tampoco podrán pertenecer a una misma Sala de Gobierno Jueces o Magistrados unidos entre si por cualquiera de los vínculos a que se refiere el párrafo anterior. Esta disposición es aplicable a los Presidentes".

Pues bien, para resolver la cuestión es necesario acudir al examen de cual sea la razón de ser de las incompatibilidades previstas en la LOJP y los criterios que han de ser considerados a la hora de su aplicación, con arreglo a la doctrina de esta Sala en la materia.

Sobre la razón de ser las incompatibilidades en el ámbito de la actividad de Jueces y Magistrados, ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, como acertadamente pone de manifiesto el recurrente en su escrito de demanda; que:

«En relación con el régimen de incompatibilidades definido en la LOPJ, la doctrina jurisprudencial -recogida entre otras en Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013, 8 de febrero de 2010 y 31 de marzo de 2011 - ha señalado que "responde a la finalidad sustancial de preservar la definitiva independencia de quienes están llamados a desempeñar funciones jurisdiccionales, 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".

En igual sentido, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2015, la cual, reconociendo la naturaleza limitativa de derechos de la institución de la incompatibilidad, recoge lo siguiente:

La principal finalidad es 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. "

Igualmente ilustrativa resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de noviembre de 2013 , en la que, aludiendo a la doctrina europea, recoge lo siguiente: "debe recordarse que el fundamento de las incompatibilidades profesionales abarca la garantía de la defensa del interés público en la actuación profesional de Jueces y Magistrados, y la dedicación al cargo y sus exigencias, de donde se deriva necesariamente un deber de abstención en aquellos supuestos en que existe una oposición real entre el cargo judicial y los intereses privados. La finalidad de la incompatibilidad es garantizar la separación de funciones, implicando no sólo el ejercicio de la función jurisdiccional de forma imparcial, sino un comportamiento adecuado que veda las actuaciones que puedan afectar a la independencia e integridad. En definitiva, la aplicación del régimen de incompatibilidades trata de garantizar la gestión objetiva y eficaz evitando coincidencia de intereses externos, sin acumulación de empleos, sin dispersión de tareas, garantizando así un incremento de la calidad del servicio público.

Por ello, continúa diciendo que : "el régimen de incompatibilidades de los Jueces y Magistrados debe serpreciado como un medio de garantía del respeto a la apariencia de que ejercen sus funciones con plena dedicación, objetividad e imparcialidad, El valor de la apariencia como presupuesto de la confianza de los ciudadanos en los Tribunales ha merecido el estudio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se ha enfrentado a las conceptos claves del ejercicio de la función jurisdiccional, en concreto a los de neutralidad, independencia e imparcialidad. Así se considera que las apariencias son importantes para determinar si un Tribunal es imparcial, pues no sólo debe administrar justicia, sino parecer que se hace, con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables en los órganos judiciales. Esta doctrina arranca del caso Delcourt vs. Bélgica, ( STEDH de 17 de enero de 1970 ), donde se afirma, en efecto, que no sólo debe hacer justicia (el órgano judicial), sino parecer que hace. A ello se une la doctrina de la conocida sentencia Piersack, (STEDH de 1 de octubre, 1982, en la que se añade que la imparcialidad de los Tribunales es una garantía que descansa en la necesaria confianza que deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. La conexión entre apariencia de imparcialidad y confianza de los Tribunales se reitera en la sentencia De Cubber ( STEDH de 26 de octubre de 1984 ), Todo ello ha dado lugar a la conocida como "teoría de las apariencias", que ha ido desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por ello, los jueces para ser considerados imparciales procesales, deben pasar la prueba de la imparcialidad objetiva y de la imparcialidad subjetiva".

Ello es congruente, además, con la doctrina del Tribunal Constitucional, recaída en las sentencias 172/1996 y 73/1997 , al señalar que:

"las incompatibilidades de los funcionarios públicos pretenden garantizar su objetividad de actuación, en evitación de relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo, características aquella y ésta predicables constitucionalmente de la actividad de las Administraciones Públicas, y por tanto, exigible también a sus servidores ( artículo 103 CE ).

La finalidad perseguida con el régimen de incompatibilidad es asegurar, no la imparcialidad subjetiva, toda vez que se protegen con la institución de la abstención/recusación, sino la objetiva.

Idéntico sentir se recoge en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ, donde se alude a "evitar al máximo lo que pueda objetivamente perjudicar o dejar en entredicho los valores de independencia e imparcialidad ante la opinión pública". Así ha sido destacado el Alto Tribunal, en su Sentencia de fecha 7 de febrero de 2.001 .»

Estas razones, el interés público que las incompatibilidades tratan de salvaguardar deben, ser atendidas sin olvidar que nos encontramos ante una norma restrictiva de derechos, artículo 23 y 103 de la Constitución y, por tanto, su interpretación debe ser siempre favorable a la efectividad del derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, tal y como ha afirmado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, esta misma Sala, en su sentencia de 2 de noviembre de 2015 en lo que se dice:

«"Pues bien, teniendo las normas sobre incompatibilidad de funciones una clara naturaleza limitativa de derechos, las mismas deben ser interpretadas de manera restrictiva y en el sentido menos gravoso posible, sin poder realizar interpretaciones extensivas de la norma.....

.....A dichos efectos, hay que tener en cuenta lo dispuesto por esta Sala en sentencia de 21 de Enero de 2005, recurso de casación nº 195/2004 , al afirmar en su fundamento de derecho tercero que:



"El estudio de esas razones de impugnación que plantea la demandante debe partir de estas consideraciones que siguen. Que la interpretación de cualquier derecho fundamental, incluido el garantizado por el artículo 23 CE, debe efectuarse de la manera más favorable a facilitar su ejercicio y buscando también su compatibilidad con otros valores o derechos constitucionales. Y que no solo en el estricto ámbito de lo judicial, sino en el más amplio del empleo público, la existencia en mismo Cuerpo del Estado de personas con vínculos de matrimonio o parentesco es un hecho cada vez más frecuente.

Lo anterior aconseja que la interpretación y aplicación de las incompatibilidades derivadas de esos vínculos familiares sea restrictiva, esto es, quede limitada a aquellos contados casos en que existan insalvables razones de interés público, relacionadas con el funcionamiento del correspondiente servicio, que impidan evitar la situación de coincidencia que determina la incompatibilidad.

De no entenderse de esa manera, los afectados por esos vínculos familiares podrían ver muy mermada su libertad en lo profesional o en lo familiar, libertad que también por declaración constitucional ( artículo 1 CE ) es un valor superior del ordenamiento jurídico".

Este designio de interpretar la incompatibilidad (o prohibición de forma tan restrictiva que queda limitada "a aquellos contados casos en que existan insalvables razones de interés público (...) relacionados con el funcionamiento del correspondiente servicio", debe ser, por ello, la idea que presida en estos casos la hermenéutica jurídica.

CUARTO.- La valoración de lo hasta aquí expuesto nos lleva, como conclusión mas razonable y acorde con la finalidad de hacer efectivo el derecho constitucional a que antes nos hemos referido, a entender que lo que el legislador no quiere, esa es la razón de ser de la norma, que quienes estén unidos por vinculo matrimonial "integren" una misma Sala de Gobierno, ya que la finalidad de la norma, expuesta anteriormente con la cita de la jurisprudencia de esta Sala, se cumple con el simple hecho de que ambos Presidentes no concurren de forma simultanea a una misma sesión de dicha Sala, sin necesidad de impedir, a fin de salvaguardar el interés público que la norma persigue, que uno de los dos cónyuges acceda al cargo de Presidente/a de Audiencia Provincial, en nuestro caso de Presidenta de la Audiencia Provincial de Málaga.

QUINTO.- Lo anterior no supone vaciar de contenido el artículo 394 de la LOPJ en cuanto dispone que "Cuando un nombramiento de lugar a una situación de incompatibilidad de las previstas en los artículos anteriores quedará el mismo sin efecto.....". El precepto será de aplicación en todos aquellos supuestos en que ello sea indispensable para salvaguardar el interés general que la incompatibilidad quiere proteger, pero no en aquellos otros en que no concorra esta circunstancia, máxime cuando la propia Ley que establece la causa de incompatibilidad contempla alguna previsión al efecto, lo que analizaremos a continuación en relación con el caso que ahora nos ocupa.

Puede afirmarse sin lugar a duda que la causa de incompatibilidad que prevee el artículo 391 de la LOPJ en cualquiera de sus párrafos opera en todos aquellos supuestos en que una Sala de Justicia o una Sala de Gobierno no puedan funcionar sin que formen parte de la misma los Jueces o Magistrados unidos por alguno de los vínculos a que el precepto se refiere, porque ello resaltaría abiertamente incompatible con la finalidad que el artículo 391 de la LOPJ persigue y con el mandato del artículo 394 de la misma. Pero esta no es la situación que se somete a juicio de esta Sala en el caso que ahora nos ocupa. Una interpretación sistemática del precepto que ha quedado transcrito en el fundamento de derecho primero nos llevará a idénticas conclusiones que la expuesta en el fundamento jurídico anterior.

SEXTO.- En efecto, el párrafo primero del artículo 391 de la LOPJ, respondiendo en nuestra opinión al mismo criterio que hasta aquí venimos manteniendo, prevee que en los casos en que existieren varias secciones, en una misma Sala, bien por previsión legal o por aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 y 198.1 de la LOPJ, no opera la incompatibilidad a que se refiere el precepto.

La remisión que el artículo 391 de la LOPJ efectúa al artículo 155, a la vista del tenor literal de éste último, no es la correcta. Ya hemos hecho referencia a las deficiencias de técnica legislativa en alguna de las normas de nuestro ordenamiento a las que no es ajena la LOPJ. La remisión correcta es el 149.3. Estamos, sin duda, ante una simple errata ya que el artículo 155 se refiere a la designación de ponente para cada asunto a tratar en Sala de Gobierno, en tanto que el 149.3 se refiere a la posibilidad de que las Salas de Gobierno se constituyan en Comisión. Lo que no tiene duda es que el legislador al referirse tanto a una norma de las comprendidas en Sección Tercera del Capítulo I del Título III del Libro II, relativa al funcionamiento de las Salas de Gobierno, como a una norma relativa a la formación de las Salas de Justicia, ha querido dar idéntica solución en ambos casos, lo que por otra parte resulta más que razonable atendida la mayor relevancia y trascendencia ante terceros de la función jurisdiccional frente a la estrictamente gubernativa y de régimen interno.



Por tanto parece razonable igualmente concluir, atendiendo también a una interpretación sistemática de la norma, que en los supuestos en que la Sala de Gobierno puede actuar en Comisiones, conforme al artículo 149.3, opera la excepción a que se refiere el artículo 391 de la LOPJ y en el caso que nos ocupa, atendida la composición de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, es incuestionable que la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía cumple el citado requisito para poder actuar en Comisiones, lo que por otra parte el demandante no pone en cuestión.

SÉPTIMO.- Nos queda por analizar, de las cuestiones a que nos referíamos inicialmente, la relativa a la expresión contenida en el inciso final del párrafo segundo del artículo 391 que dice: "Esta disposición es aplicable a los Presidentes". Si el precepto tiene el tenor literal que acabamos de transcribir y utiliza la palabra "Presidentes" es porque, como ya dijimos, no estamos ante una causa de inelegibilidad sino ante una incompatibilidad, tesis que es pacífica para las partes en litigio, incompatibilidad que conlleva la prohibición, no como pretende la parte recurrente de nombramiento como Presidente/a, sino una prohibición de integrar, formar parte, simultáneamente de una misma Sala de Gobierno. Así ha de entenderse la palabra pertenecer. Cuando el artículo 391 párrafo segundo se refiere a Presidentes, esta claro que lo hace a quienes ostentan ya tal condición por haber sido nombrados para dicho cargo y por tanto la incompatibilidad solo opera en relación al ejercicio de la función correspondiente al cargo anejo de miembro de la Sala de Gobierno, la que por otra parte no es la función principal y más relevante de las que corresponden al cargo de Presidente de Audiencia Provincial. Si el legislador hubiera pretendido otra cosa habría establecido sin ambages una causa de inelegibilidad que sí daría lugar a la prohibición de nombramiento que sostiene el recurrente.

Los distintos caminos seguidos a la hora de interpretar el alcance de la incompatibilidad prevista en el artículo 391 párrafo segundo de la LOPJ nos llevan a una misma conclusión tanto si se atiende a la finalidad perseguida por la norma, a la protección del derecho constitucional que puede resultar afectado o a una interpretación sistemática de la totalidad del precepto en cuestión y concordantes de la LOPJ.

La forma en que el respeto a la incompatibilidad que el precepto establece debe ser llevada a buen fin cuando la Sala de Gobierno actúe en Pleno, -bien por la vía de la sustitución, bien por la de su composición atendiendo a lo dispuesto en el artículo 153 de la LOPJ en el que se establece el número de miembros necesarios para su válida constitución-, excede del ámbito del presente recurso y debe ser resuelto por la propia Sala de Gobierno en su caso.

OCTAVO.- En el presente caso concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional en orden a no hacer expresa condena en costas atendida la dificultad que el recurso plantea.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Rodríguez Nogueira en nombre y representación de D. Emilio y asistido por el Letrado Sr. Martínez Escribano contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 20 de diciembre de 2016, sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Luis María Díez Picazo Giménez D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil D. José Manuel Sieira Míguez D. Nicolás Maurandi Guillén

## VOTO PARTICULAR

que formula el Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez, Presidente de la Sala, a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo 2/40/2017 con fecha 29 de enero de 2018.

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de la Sección 6ª, formulo el presente voto particular.

Es conveniente hacer dos aclaraciones previas. La primera, obvia, es que la cuestión aquí debatida es sólo si el CGPJ puede designar para el cargo de Presidente de Audiencia Provincial a alguien casado con un miembro de la Sala de Gobierno a la que el designado habrá de pertenecer precisamente por razón del cargo; no la mayor o menor idoneidad de cada uno de los candidatos en liza, extremo cuya valoración corresponde al CGPJ. Y la segunda aclaración, menos obvia, es que soy perfectamente consciente de las implicaciones que el presente caso puede tener para la conciliación de la vida profesional y familiar, así como para la consecución de una



efectiva igualdad de la mujer en el acceso a todos los niveles y dignidades de la judicatura: el vínculo conyugal entre dos Magistrados, que está en el origen de este litigio, dista hoy de ser algo infrecuente en la Carrera Judicial.

Dicho esto, estoy completamente de acuerdo con la opinión mayoritaria en que el art. 391 LOPJ no configura una causa de inelegibilidad, sino de incompatibilidad. La distinción es importante: mientras que la inelegibilidad opera ex ante e impide admitir la candidatura del afectado por ella, la incompatibilidad opera ex post y determina la imposibilidad legal de ocupar el cargo y mantener simultáneamente determinadas actividades o situaciones. De aquí que quien está incurso en una causa de incompatibilidad habrá de optar, una vez nombrado para el cargo, entre renunciar a éste o renunciar -si es posible- a la actividad o situación incompatible.

Es más: en un supuesto como el aquí examinado, en que la incompatibilidad viene dada por el vínculo conyugal entre dos Magistrados llamados a formar parte de una misma Sala de Gobierno, tal incompatibilidad no pesa únicamente sobre la designada en último lugar. También afecta, de manera sobrevenida, al cónyuge que ya era miembro de esa Sala de Gobierno. Ello es muy relevante en esta sede, ya que la incompatibilidad podría ser eliminada mediante la renuncia de cualquiera de los dos cónyuges, sin que aquél que accedió primero tenga un mejor derecho.

Esta última observación constituye tal vez el mejor argumento posible para sostener que el acto impugnado es ajustado a derecho: si el marido de la designada por el CGPJ para cubrir la presidencia de la Audiencia Provincial de Málaga hubiese renunciado de manera inmediata a la presidencia de la Audiencia Provincial de Granada, este recurso contencioso-administrativo ni siquiera habría podido iniciarse, por evidente falta de objeto. Y siguiendo esta línea argumental podría añadirse que, si la designación puede alcanzar plena eficacia mediante la posterior renuncia del otro cónyuge, será porque dicha designación no es inválida.

Ahora bien, incluso pasando por alto que no consta que el marido de la designada haya renunciado a su cargo haciendo desaparecer así la situación de incompatibilidad, hay otro aspecto de la cuestión que merece ser examinado: en el presente caso, la concreta situación de incompatibilidad ha sido creada por un acto del CGPJ. Es precisamente en este punto donde radica mi discrepancia con la opinión mayoritaria de mis compañeros de la Sección 6ª. Es verdad que su esfuerzo argumentativo es muy apreciable y, desde luego, no es irrazonable sostener que la posibilidad legal de que determinadas Salas de Gobierno -como la andaluza- actúen normalmente por comisiones salva muchas de las dificultades prácticas inherentes a la situación aquí considerada. Pero toda esa argumentación, aparte de dejar en el aire qué hacer cuando la Sala de Gobierno se reúne en pleno, no da respuesta a la arriba mencionada objeción.

En efecto, que el vínculo matrimonial en el contexto del art. 391 LOPJ sea una causa de incompatibilidad y que afecte por igual a ambos cónyuges, no elimina el hecho de que en el presente caso ambos están llamados a formar parte de una misma Sala de Gobierno por razón de los cargos que ocupan; cargos para los que ambos han sido designados por el CGPJ. Quizás el problema no sería idéntico si uno de los cónyuges fuera miembro electivo de la Sala de Gobierno, pues entonces la concreta situación de incompatibilidad no habría surgido como consecuencia de un acto del CGPJ, sino de la voluntad mayoritaria de los Jueces y Magistrados de la circunscripción. Pero aquí es el CGPJ quien ha designado a ambos cónyuges para cargos que llevan aparejada la pertenencia a una misma Sala de Gobierno. Así las cosas, la pregunta que debe hacerse es la siguiente: ¿puede el órgano de gobierno del Poder Judicial designar para un cargo a un Magistrado de quien sabe -o habría debido saber- que será automáticamente incompatible por razón de matrimonio con otro que ocupa un cargo similar? Creo que no, máxime cuando el CGPJ ni siquiera ha impuesto como condición la renuncia de uno de los dos. El CGPJ, obviando este grave problema, se ha limitado a tomar una decisión que directamente conduce a una situación contraria a lo que, de manera tajante e inequívoca, establece el art. 391 LOPJ : «No podrán pertenecer a una misma Sala de Gobierno Jueces o Magistrados unidos entre sí por cualquiera de los vínculos a que se refiere el párrafo anterior. Esta disposición es aplicable a los Presidentes.»

Por todo ello, considero que este recurso contencioso-administrativo habría debido ser estimado.

Madrid, 29 de enero de 2018.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don José Manuel Sieira Míguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Letrada de la Administración de Justicia, certifico