



Roj: **STS 5446/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5446**

Id Cendoj: **28079130072013100404**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **06/11/2013**

Nº de Recurso: **280/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el núm. 280/2013 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador Don José Ignacio de Noriega Arquer, en representación de Don Jose Ángel , Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de DIRECCION000 (Albacete), seguido por el procedimiento de protección especial de los derechos fundamentales, contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 16 de mayo de 2013, por el que se desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Comisión Permanente de dicho Consejo, de fecha 5 de diciembre de 2012, que denegó al actor la solicitud de compatibilidad para ejercer el cargo de Fedatario-Administrador de la asociación "Plataforma Cívica por la Independencia Judicial". Ha comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado, en representación y defensa del Consejo General del Poder Judicial, y el Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito de fecha 19 de junio de 2013, el Procurador Don José Ignacio de Noriega Arquer, en representación de Don Jose Ángel interpone el presente recurso en el que solicita tutela frente al acto impugnado alegando vulneración del derecho de asociación ( artículo 22 CE ); del derecho a la igualdad ( artículo 14 CE ), y finalmente del derecho a la libertad de expresión ( artículo 20 de la CE ), solicitando la admisión del recurso y el reconocimiento de su derecho. Por escrito de fecha 24 de julio de 2013 de dicha representación se formaliza la demanda en la que se termina suplicando que se declare:

- A) La nulidad absoluta o de pleno derecho del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de dieciséis de mayo de dos mil trece, por ser contraria a los artículos 22,14 y 20.2 de la Constitución .
- B) El derecho del demandante a ejercer como fedatario administrador en la asociación Plataforma Cívica por la Independencia Judicial.
- C) La imposición de las costas procesales a la demandada.

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contesta a la demanda por escrito en el que tras alegar cuantos antecedentes fácticos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, terminó suplicando de la Sala que se inadmitiera el recurso o subsidiariamente se desestimara .

**TERCERO.-** El Fiscal en sus alegaciones en defensa de la legalidad, tras alegar cuantos antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, termino solicitando de esta Sala la desestimación del recurso.

**CUARTO.-** Se señaló para votación y fallo el día 30 de octubre de 2013, teniendo así lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituyen la premisa fáctica del presente recurso contencioso-administrativo los siguientes hechos:

1. La Comisión Permanente de este Órgano Constitucional, actuando por delegación del Pleno, en su reunión del día 12 de diciembre de 2012, dictó Acuerdo, por el que, *"teniendo en consideración las facultades inherentes a este cargo, que exceden de la mera pertenencia a la referida Plataforma, acuerda desestimar la petición, por entenderla incompatible con el ejercicio de la función judicial a la luz de lo dispuesto en el artículo 389 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial"*. Formulan voto en contra la Vocal D<sup>a</sup> María Esther , y el Vocal D. Germán , por entender que no existen razones novedosas ahora como para modificar el criterio seguido con otros integrantes de esta plataforma en acuerdos anteriores por los que se declaró la compatibilidad.

2.- Mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial el 15 de enero de 2013, D. Jose Ángel interpuso recurso de reposición contra dicho Acuerdo.

Alegaba el recurrente que:

A.- De conformidad con el artículo 21 de los Estatutos de la Plataforma, al fedatario-administrador le corresponde dar fe de las actuaciones institucionales de la asociación, y es el responsable de su buen funcionamiento administrativo, correspondiéndole en concreto las siguientes actuaciones:

*"A).- Asumir la jefatura directa de la oficina administrativa de la asociación.*

*B).- Levantar acta de las reuniones de la Asamblea general y Junta Directiva, tanto en Pleno como en Comisión Permanente en los términos previstos en estos Estatutos.*

*C).- Llevar y custodiar la documentación de la asociación, el libro de actas y demás legalmente establecidos o que se estimen necesarios.*

*D).- Llevar el registro y fichero de asociados, con las consiguientes altos y bajas, conforme a las prescripciones establecidas en la LO 15/1999 y su Reglamento, asumiendo el cumplimiento de todas las demás obligaciones documentales y de comunicación al Registro de Asociaciones y al Registro General y Agencia de Protección de Datos que legalmente correspondan.*

*E).- Expedir las certificaciones que se precisen".*

B.- El Acuerdo no explica en qué supuesto de los regulados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede incardinarse el desempeño de la función de fedatario-administrador de la Plataforma.

C.- Dos de los cinco Vocales que integran la Comisión Permanente emitieron Voto Particular al respecto, discrepando de la decisión de la mayoría. En concreto, la Vocal Excm. Sra. D<sup>a</sup> María Esther , y el Vocal Excmo. Sr. D. Germán , al entender que *"no existen razones novedosas ahora como para modificar el criterio seguido con otros integrantes de esta plataforma en acuerdos anteriores por los que se declaró la compatibilidad"*. Por tanto, cabe razonablemente inferir que el Acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, resultó discriminatorio, ya que nada opuso la Comisión Permanente para conceder la compatibilidad, a los restantes miembros de la Plataforma, que ejercen cargos en la Junta Directiva de la misma.

D.- El Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, informó favorablemente la concesión de la compatibilidad para el ejercicio del cargo.

Considera en consecuencia que existe falta de motivación, con vulneración del artículo 54 de la ley 30/1992 , en tanto se limita a denegar la concesión de la compatibilidad, al entender que las funciones del fedatario-administrador de la Plataforma, por exceder de la mera pertenencia, resultan incompatibles con el ejercicio de la función judicial, a la luz de lo dispuesto en el artículo 389 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Sostiene que las razones alegadas, resultan vagas, genéricas e imprecisas, y que las mismas causan indefensión al recurrente, toda vez que los artículos 389 a 397 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , contemplan un elenco de prohibiciones e incompatibilidades, sin que por la Comisión Permanente se precise con cuál de ellas entra en contradicción el desempeño de la función de fedatario-administrador de la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial. Ello impide al recurrente, según afirma, rebatir las razones jurídicas que pudiera haber tenido en cuenta la Comisión Permanente para denegar la concesión de compatibilidad, sin perjuicio de que pese a ello, afirme que tras un análisis de todos y cada uno de los supuestos contemplados en los artículos 389 a 397 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que no concurre ninguna de las situaciones contempladas en dichos preceptos.



Tampoco se dan, para el recurrente, las prohibiciones reguladas en el artículo 395 del mismo cuerpo legal, tras un análisis del mismo. Los restantes preceptos: Artículos 390, 391, 392, 393, 394, 396 y 397 de la citada norma, según el recurrente, en modo alguno, siquiera tangencial, pueden entenderse aplicable al hecho objeto de discusión.

Sostiene que se vulnera el principio de igualdad, y al amparo del artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, alega la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión Permanente de fecha 5 de diciembre de 2012, porque atenta contra el artículo 14 de la Constitución Española, y de conformidad con el voto particular, considera que el acuerdo es discriminatorio y atenta contra el derecho constitucional a la igualdad, puesto que supone dar un trato desigual respecto a los restantes miembros de la Plataforma, respecto de los cuales la Comisión Permanente sí acordó reconocer la compatibilidad.

Alega igualmente vulneración de los principios aprobados por Naciones Unidas relativos a la independencia judicial, adoptados por el Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40132 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, que fueron formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, y deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos. Dentro de estos principios, interesan al recurrente los relativos al derecho que se reconoce a los jueces bajo el epígrafe de "libertad de expresión y de asociación", y que textualmente establecen:

*" En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en toda momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura.*

*Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellos."*

5. El 6 de mayo de 2013 el Secretario General del CGPJ, a petición de la ponente inicial, emite informe sobre los criterios seguidos por la Comisión Permanente en torno a las peticiones de compatibilidad para integrarse en la plataforma cívica por la independencia judicial. En dicho informe consta que:

*"Hasta mayo de 2012 el criterio de la Comisión vino siendo favorable a la concesión de compatibilidad para pertenecer a la Asociación Plataforma Cívica, tanto en la condición de mero asociado, como en aquellos casos en que se trataba de desempeñar cargos o funciones directivas o de gestión. Los acuerdos adoptados accediendo a las peticiones de compatibilidad contaron siempre con votos en contra, que o bien consideraban que se trataba de supuestos incompatibles, o bien podían enmarcarse en el catálogo de prohibiciones del artículo 395 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .*

*A partir del mes de diciembre de 2012, lo cierto es que la Comisión Permanente conoció tan solo de peticiones de compatibilidad de Magistrados/as para incorporarse a dicha Asociación en puestos directivos. En todos los acuerdos adoptados a partir de esta fecha, se mantiene un criterio constante, contrario al anterior, y desfavorable, por considerar que -a la vista de los estatutos de la mencionada Asociación- las funciones que se pretenden compatibilizar con el ejercicio de la jurisdicción son incompatibles de acuerdo con lo establecido en el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial " .*

6.- El acuerdo recurrido contiene esencialmente los siguientes fundamentos jurídicos:

a.- Respecto a la exigencia de motivación, sostiene que la Jurisprudencia ha definido el contenido necesario de la motivación desde la necesidad de que se alcancen los objetivos que con tal requisito se persiguen. Así, el Tribunal Supremo ha venido examinando en cada caso si los datos contenidos en el acto o, por remisión, en el expediente (ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992), son suficientes para conocer, realmente, las razones fácticas y jurídicas que determinaron el sentido de la decisión administrativa. Como dice la STS de 14 de abril de 2011 (Recurso 1/2009). Recuerda la STS de 14 de abril de 2011 (Recurso 1/2009) que " *La motivación de los actos administrativos, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo cuya reiteración excusa de cita expresa, cumple una doble finalidad, de un lado, da a conocer al destinatario de los mismos las razones, concretas y precisas aunque no sean exhaustivas, de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento, la parte interesada pueda impugnar su contenido ante los órganos jurisdiccionales, y estos, a su vez -esta es la segunda finalidad-, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que justifican la misma, ex artículo 106.1 CE . El cumplimiento de esta exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no*



*motivado, en caso de incumplimiento. Ahora bien, este déficit de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o de mera irregularidad sin trascendencia para la validez del acto, en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, pues sólo si se conocen pueden impugnarse ante esta jurisdicción. Se trata, en definitiva, de determinar si concurre la indefensión a que se refiere el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez que estipula el indicado precepto legal. Recordemos que el defecto de forma "solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados", según nos indica el citado artículo 63.2."*

Cita la STS, (Sala de lo Contencioso sección 7ª), del 21 de Marzo del 2012 (Recurso: 642/2009) que dice que: *"La motivación de un acto administrativo lo que exige es que las razones de decidir de la Administración estén bien visibles para poder articular frente a ellas cuantos motivos de impugnación puedan ser útiles para quien pretenda combatirlos; razones cuya expresión puede hacerse de manera sucinta, como es bien sabido, y también puede llevarse a cabo 'in aliunde', esto es, por referencia a otras actuaciones en las que consten claramente tales razones."*

Reconoce el propio acuerdo que el acto recurrido no se ha ajustado a las exigencias referidas, pues, en efecto, la razón de la decisión es apodíctica, pues da por supuesto lo que se trata de demostrar. Ahora bien, para que esa irregularidad sea invalidante o tenga eficacia anulatoria del acto se requiere, también de acuerdo con la jurisprudencia que se ha indicado, que cause al interesado recurrente, al destinatario en suma, la indefensión a que se refiere el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, cuya existencia es necesaria para incurrir en el vicio de invalidez que estipula el indicado precepto legal, y llega a la conclusión, que de la lectura del recurso interpuesto se deduce que el recurrente no ha sufrido indefensión material, pues ha podido impugnar con plena normalidad el acto recurrido, esgrimiendo en la vía de reposición todo un conjunto de argumentos que abarcan la totalidad de las posibilidades que se podrían apreciar en orden a la existencia o inexistencia de motivos de compatibilidad o incompatibilidad para la actividad de Fedatario/Administrador de la Asociación Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, ya que, en definitiva, tal pronunciamiento es en paridad el que se deriva de la puesta en relación de las actividades que por razón de ese empleo se deben realizar, con las previsiones contenidas, como dice el acuerdo recurrido, en los Arts. 389 y siguientes de la LOPJ.

b.- En relación con la vulneración del principio de igualdad, sostiene que la lesión del principio de igualdad tiene, desde un punto de vista estructural, los siguientes elementos: una igualdad de situaciones, una diferencia de trato o de efectos jurídicos para cada una de ellas y la ausencia de una justificación suficiente del trato diferenciado. Recuerda la STS de la Sala 2ª de 24 de enero del 2011 (Recurso 1453/2010) que sostiene que la desigualdad en si misma no constituye necesariamente una discriminación, que la igualdad, ha de entenderse como tratamiento igual por el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, de manera que si los casos son idénticos, la respuesta legal debe ser la misma para todos. Igualmente recuerda que el Tribunal Constitucional ha establecido, de modo reiterado, que todo juicio de igualdad requiere, de forma inexcusable, la existencia de varios supuestos de hecho que puedan ser comparados y, además, que la supuesta desigualdad de trato se predique respecto de quien sucesiva o coetáneamente haya sometido arbitraria e injustificadamente hechos equiparables a una disciplina desigual. Así las cosas, quien alegue un tratamiento discriminatorio deben precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, para lo cual deberá acreditar la semejanza entre los hechos básicos y la normativa aplicable en los casos cuyo contraste se pretende. No cabe la comparación cuando los hechos planteados no son iguales, ni la normativa aplicable en ambos casos es similar. En suma, no es posible la comparación entre dos supuestos distintos, ni pertinente la asimilación de conceptos o instituciones diferentes que respondan a distintos fines. El no ofrecer un término válido de comparación o la falta de concreción suficiente impiden entrar a valorar si existe vulneración del principio de igualdad ( SsTC 38/81, de 23 de noviembre ; 18/84, de 7 de febrero ; 76/86, de 9 de junio ; 13/87, de 5 de febrero ; 120/87, de 10 de julio ; 184/88, de 13 de octubre ; 211/88, de 10 de noviembre ; 224/88, de 25 de noviembre ; 236/88, de 12 de diciembre ; 59/89, de 16 de marzo ; 159/89, de 6 de octubre ; y 124/91, de 3 de junio , entre otras muchas).

En el presente caso, el recurrente se limita a citar que la Comisión Permanente del Consejo, en el acuerdo recurrido, le da un trato desigual respecto a varios restantes miembros de la Plataforma, respecto de los cuales la Comisión Permanente sí acordó reconocer la compatibilidad, pero lo cierto es que con ello no se ofrece un supuesto de hecho igual, ya que el recurrente no pide la compatibilidad que se le deniega como miembro de la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, sino como Fedatario- Administrador de la Asociación Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, por lo que el término de comparación que ofrece





no es relevante. Esta falta de semejanza entre los términos puestos en comparación justifica sobradamente la diferencia en el trato que se denuncia como no aceptable.

Finalmente, en cuanto a la vulneración de los principios aprobados por Naciones Unidas relativos a la independencia judicial, sostiene su inexistencia, pues el ejercicio de la función de Fedatario-Administrador de la Asociación Plataforma Cívica por la Independencia Judicial es incompatible con el cargo de Juez o Magistrado, por exceder de la mera pertenencia a la referida Plataforma, de donde se infiere que se reconoce implícitamente el derecho a pertenecer a dicha Plataforma, pero no al ejercicio de la función referida, por respeto, precisamente, como habrá ocasión de razonar, a la independencia judicial.

Recuerda la resolución impugnada que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 122.2 y 127.2 de la Constitución Española (CE) y a fin de asegurar la total independencia de los miembros del Poder Judicial, como aquellas disposiciones constitucionales prescriben, los artículos 389 y siguientes de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), establecen el régimen general de incompatibilidades de los Jueces y Magistrados, transcribiendo el artículo 389 LOPJ.

Sostiene el Acuerdo impugnado que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas sentencias sobre la cláusula general de incompatibilidad prevista en el artículo 389.5 LOPJ transcrito (entre otras SSTs-S 3 de 28 de octubre de 1987; de 23 de abril de 1988; de 14 de junio de 1988; de 23 de junio de 1988; de 30 de junio de 1988; de 18 de noviembre de 1991; de 6 de noviembre de 1992; de 26 de abril de 1996) considerando que la remisión de dicha norma hace a la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas debe entenderse concretamente efectuada a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas. En particular, que en su Art. 1.3 dispone, como principio general, que: *"En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, pública o privada, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia."*

En desarrollo de las referidas previsiones legales, los artículos 326 y siguientes del Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial, concretan el régimen de incompatibilidades de los miembros de la Carrera Judicial para el desempeño de un segundo puesto de trabajo. Especialmente, el artículo 326 RCJ se remite de manera expresa al artículo 389 LOPJ en cuanto a la especificación de las actividades consideradas incompatibles con el cargo de Juez o Magistrado. Y concretamente este artículo en su punto 1.º: *"Con las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género. El desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas o privadas, o asociaciones de cualquier naturaleza exigirá la previa obtención de la compatibilidad. El desempeño de los cargos indicados en asociaciones judiciales se regirá por lo dispuesto en su normativa específica."*

Añade que: *"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 procesal, deben pasar la prueba de la imparcialidad objetiva y de la imparcialidad subjetiva, y según el (1<sup>EDH</sup>), la prueba subjetiva "consiste en procurar determinar la convicción personal de un juez particular en una causa dada" (STEDH Tierce y Otros c. San Marino, de 25 de julio de 2000 ), y supone que: "ningún miembro de un tribunal debe abrigar prejuicios o parcialidades personales. La imparcialidad personal se presume a menos que exista prueba en contrario" STEDH Dakaras c. Lituania, de 10 de octubre de 2000 ). La demostración de la imparcialidad objetiva "consiste en determinar si el juez brindó garantías suficientes para eliminar toda duda legítima" (STEDH Padovani c. Italia, de 26 de febrero de 1993 )".

Y concluye que "existen situaciones concretas que desmerecen la confianza que deben inspirar los tribunales o determinados jueces en la sociedad, las cuales pueden darse, entre otras, por evidente prevalencia de preferencias políticas en las decisiones, demostraciones públicas desproporcionadas respecto a su posición personal en determinado fallo y falta de neutralidad en la actuación de los jueces, desacato a los deberes de la propia organización del Poder Judicial, entre otras, en que queda comprometida esa confianza y por ello compete al legislador a través de la LOPJ, y al Consejo General del Poder Judicial, mediante la aplicación de la norma legal, evitar que los jueces y magistrados incurran en causas reales o aparentes de incompatibilidad con el ejercicio de su función que socave o dañe la confianza en los Juzgados y Tribunales, en su funcionamiento recto e imparcial, claro, ordenado, escrupuloso y neutral, y no se garantizan estos principios cuando un Juez tiene intereses societarios evidentes en una entidad que se dedica al prestación de servicios jurídicos y por ello es sujeto potencial de intereses procesales que deciden la organización judicial en que se inserta como integrante de ella la persona que es a la vez socio de la cuestionada entidad y Magistrado. Por ello, el Acuerdo recurrido es ajustado a derecho al adoptar la decisión que ahora se combate".

Continúa el acuerdo recurrido en el fundamento jurídico quinto afirmando, tras recordar las funciones del fedatario ya transcritas y reguladas en el artículo 21 de los Estatutos de la Plataforma Cívica, que " se trata, como se puede advertir de funciones de amplio contenido, entre las que existen algunas que implican actividades de asesoramiento jurídico, dirección, Jefatura y toma de decisiones, cuya derivación jurídica difícilmente puede aislarse del asesoramiento, y por cuanto esta actividad de forma explícita está vedada a los miembros del Poder Judicial en los preceptos invocados ( Arts. 389.7 de la LOPJ y 326.1.1 del Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial , a la luz del principio de exclusividad jurisdiccional que ha servido siempre de criterio rector en la interpretación del régimen de incompatibilidades de Jueces y Magistrados".

Y añade que "ciertamente, el funcionamiento de cualquier asociación o fundación necesariamente se inserta dentro del ámbito de lo jurídico, y así, cualquier persona que participe en el gobierno o administración de aquéllas no puede ejercer esa actividad al margen del Derecho, lo cual resulta especialmente significativo cuando el partícipe es una persona versada en la ciencia jurídica. Por tanto, no cabe pensar que cuando un juez o magistrado ostenta un cargo directivo de una fundación o asociación se va a sostener, siempre y bajo cualquier circunstancia, de emitir una opinión o juicio de valor sobre cualquier materia directa o indirectamente relacionada con el mundo jurídico, máxime cuando, en no pocas ocasiones, el nombramiento como patrono guarda relación con el cargo judicial que desempeña el interesado.

En el presente caso, el asesoramiento jurídico que se deduce de los estatutos no se limita a la vida interna de la fundación, pues trasciende a los terceros, en particular cuando asume el cumplimiento de todas las demás obligaciones documentales y de comunicación al Registro de Asociaciones y al Registro General y Agencia de Protección de Datos Que legalmente correspondan.

Teniendo en cuenta lo ya dicho, y que la valoración sobre la compatibilidad de una actividad tiene una naturaleza potencialmente de asesoramiento jurídico, de cara a preservar la indemnidad de la función judicial, y a la luz de los cometidos que asumiría el recurrente según él mismo reconoce en su recurso, se impone la desestimación del recurso".

7.- En dicho acuerdo se emite voto particular por cuatro vocales que consideran debería haberse estimado el recurso de reposición por vulneración del principio de igualdad, al considerar que el Acuerdo recurrido trata al recurrente de manera desigual e injusta en relación a los restantes miembros de la Plataforma que ejercen cargos en la Junta Directiva de la misma, respecto de los cuales la Comisión Permanente sí acordó reconocer la compatibilidad en dos Acuerdos (de fecha 29 de mayo y 3 de abril de 2012, respectivamente) autorizar la compatibilidad a un Magistrado y una Magistrada para ejercer el cargo de Secretaria General de la Asociación. Autorización completada con el pronunciamiento siguiente: " El ejercicio de tal Secretaría no podrá menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales ni comprometer la independencia de la Magistrada" .

Considera el voto que si bien respecto del cargo de fedatario administrador de esta asociación no ha existido pronunciamiento previo alguno, el cargo de Secretario General aparece como un término válido de



comparación, y permite dilucidar si está justificada o no la diferencia de trato que se denuncia como injusta, pues la Secretaría General de la asociación es (según los estatutos de la Asociación) *"el máximo responsable de la organización y coordinación general interna de la asociación así como de la ejecución de todos sus acuerdos sociales, estando bajo su inmediata dirección tanto la Junta Directiva y Delegados Territoriales como el Consejo de Asesores, sin perjuicio de las facultades de supervisión del Presidente. A tal efecto le corresponde disponer lo necesario para la ejecución de los planes y actividades de la asociación y, en particular, las siguientes atribuciones: e).- Ejercer la superior dirección y coordinación sobre la gestión económica, contable y documental de la asociación, sin perjuicio de las funciones directas que corresponden al Fedatario-administrador y al Tesorero"*.

En consecuencia considera el voto particular que no existe justificación suficiente de la diferencia de trato; pues si se ha autorizado la compatibilidad para ejercer la jurisdicción y el cargo de Secretario General de esta asociación (que conlleva la obligación de ejecutar todos los acuerdos sociales) no se encuentra justificación para denegarla a quien es nombrado por el propio secretario general, realizará funciones de menor rango y cuyas relaciones con terceros están limitadas al cumplimiento de todas las demás obligaciones documentales y de comunicación al Registro de Asociaciones y al Registro General y Agencia de Protección de Datos que legalmente correspondan; así como a expedir las certificaciones que se precisen.

Sostiene igualmente que, frente a lo que mantiene la decisión mayoritaria del Pleno y es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos, el cometido de fedatario administrador no significa el ejercicio de actividades que material o sustancialmente puedan subsumirse en alguno de los supuestos recogidos en el art. 389 LOPJ, en concreto con el asesoramiento jurídico. El régimen de incompatibilidades de los jueces y magistrados debe ser apreciado como un medio de garantía del respeto de la apariencia de que quienes ejercen funciones jurisdiccionales lo hacen con plena dedicación, objetividad e imparcialidad, y ni el cargo que ostentaría el solicitante en la Plataforma Cívica comporta ningún asesoramiento jurídico (nº 7 del art. 389 LOPJ), ni la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial es una sociedad o empresa mercantil (nº 9 del art. 389 LOPJ).

Finalmente, el voto concluye que la denegación de la compatibilidad, es una clara limitación del derecho a la libertad de expresión y crítica de jueces/as y magistrados/as.

**SEGUNDO.** - El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, alega en sus tres primeros fundamentos, la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo en tanto sostiene que nos encontramos ante una cuestión de mera legalidad, habiendo alegado la recurrente la vulneración de los artículos 15, 21 y 22 de la Constitución, a efectos meramente instrumentales de abrir este procedimiento excepcional de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona que resulta inadecuado. Sin embargo el mismo Abogado del Estado reconoce que la modificación producida en la ley actual aumenta el ámbito material de las pretensiones del recurso que pueden ejercitarse en el presente recurso. Así, el 114.2 de la ley jurisdiccional dispone que: *" Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado "*.

Recordemos lo que dicen los artículos 31 y 32 de LRJCA. Dispone el artículo 31 que: *" 1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente. 2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda "*.

Por su parte, el artículo 32 dispone que: *" 1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el art. 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas. 2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el art. 31.2 "*.

El artículo 121.2 de la LRJCA dispone por su parte que: *" La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo "*.

Es decir, el objeto claramente es la impugnación y solicitud consiguiente de nulidad o anulación de la disposición, actuación o acto, en tanto como consecuencia de que infringen el ordenamiento jurídico (entre los que se encuentran los preceptos que consagran los derechos fundamentales) suponen la vulneración de uno de estos derechos.





El alcance de plena jurisdicción fáctica y jurídica, de que gozan los jueces y tribunales en este proceso lo ha subrayado la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1997, de 19 de mayo, que destaca las diferencias entre el proceso Contencioso-Administrativo especial y el amparo ante el Tribunal Constitucional. Se plantea el Tribunal Constitucional si el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, por limitado en cuanto a su objeto exclusivamente a la protección de tales derechos, tiene, en el plano procesal, las limitaciones de defensa y oposición propias del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de esta Sentencia sostiene que aun cuando es cierto que este proceso judicial y el de amparo "coinciden sustancialmente, *"ratione materiae"*, en el examen de las hipotéticas violaciones de los derechos y libertades de conformidad con el artículo 53.2 CE en relación con la Disposición Transitoria segunda, 2, de la LOTC (STC 196/1990 y ATC 426/1990). Y también es cierto que en ambos procesos, el de la Ley 62/1978 y el de amparo constitucional, esté vedado el conocimiento de los problemas de legalidad ordinaria que se planteen, lo que hemos reiterado en varias ocasiones con respecto a aquél (SSTC 37/1982, 24/1983, 84/1987; AATC 773/1987, 224/1991) y en constantes y numerosas ocasiones respecto del recurso de amparo. Pero aquí acaban las similitudes entre uno y otro proceso y comienzan las relevantes diferencias que les separan».

La jurisdicción constitucional no puede, suplantar a la ordinaria en la función de juzgar y hacer ejecutar los juzgados, pues en este caso infringiría lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, ni a la del orden Contencioso-Administrativo en la tarea de controlar la legalidad de la actuación administrativa, ya que en este supuesto actuaría en abierta contradicción con lo previsto en el artículo 106.1 de la Norma Fundamental. «Consecuencia y causa de lo anterior es que este Tribunal [Constitucional] no se constituye en una nueva instancia revisora acerca de los hechos (STC 7/1993), pues por imperativo del artículo 44.1.b) de la LOTC le está vedado entrar a conocer de los mismos, cuya determinación corresponde precisamente a los órganos de la jurisdicción ordinaria cuando se solicita su tutela. Sin embargo de la Ley 62/1978 y de su disposición supletoria, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (lo mismo puede decirse de la nueva LJCA, en concreto de sus arts. 114 y ss.), resulta que el Tribunal competente debe actuar con plenitud de jurisdicción respecto a las circunstancias fácticas que dieran lugar a la vulneración por el acto administrativo de los derechos fundamentales que se denuncie en la demanda. Si no lo hiciera así -como ocurre en este caso-, estaría dando por buena la fijación de hechos llevada a cabo por la Administración sancionadora, sin realizar la función revisora jurisdiccional que corresponde a los órganos judiciales.»

En consecuencia, puede decirse que las Salas de lo Contencioso-Administrativo que sustancien el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales sólo pueden relegar los aspectos de legalidad ordinaria, cuando estos aspectos no tengan relación alguna con la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 a 30 CE. Pero la Sala no sólo puede sino que debe conocer y pronunciarse acerca de todas las cuestiones que se planteen en la demanda, tanto de hecho como de derecho, relacionadas con el contenido de los derechos fundamentales invocados para, previo su enjuiciamiento y fundamentación, adoptar la resolución que estime procedente. Debe actuar, pues, con plena jurisdicción, revisando la actuación administrativa en los términos que establecen los artículos 106.1 y 117.3 CE, sin más limitación que el objeto del recurso responda a los derechos protegidos por el procedimiento especial.

Por otro lado, frente a lo que sostiene el Abogado del Estado, la alegación de la violación de los derechos de asociación, libertad de expresión e igualdad, no es en el presente caso instrumental, dirigida a abrir y utilizar un procedimiento especial con la utilización abusiva del procedimiento garantizado por privilegios como el de la preferencia y rapidez, sino que el propio acuerdo recurrido se refiere a dichos preceptos para negar su violación, e incluso el voto particular la afirma, por lo que la causa de inadmisibilidad ha de ser rechazada.

**TERCERO.-** Reconoce el Abogado del Estado que el artículo 326.1.i, ha sido expresamente anulado por las sentencias de este Tribunal de fecha 9 de julio de 2013 y 19 de julio del mismo año. La primera de estas sentencias sostiene en su fundamento jurídico décimo que: "El Art. 326 del Reglamento, como expresamente se menciona, pretende desarrollar el Art. 389 de la LOPJ, que regula las incompatibilidades y prohibiciones de jueces y magistrados, comprendiendo entre las primeras "las funciones de director, gerente, administrador, consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género".

El artículo cuestionado, 326.1.i), prácticamente viene a reproducir el dictado del Art. 389 de la LOPJ, al disponer la incompatibilidad "Con las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género", pero añade que la incompatibilidad abarca "El desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas o privadas, o asociaciones de cualquier naturaleza exigirá la previa obtención de la compatibilidad". Diferenciándolo del ámbito propio del asociacionismo judicial, regulado específicamente en el Art. 401 de la LOPJ, "El desempeño de los cargos indicados en asociaciones judiciales se registrará por lo





dispuesto en su normativa específica", y que queda al margen de la Ley Orgánica 1/2002, en tanto que respecto de jueces y magistrados, Art. 3, se remite a las normas propias para modular su ejercicio y dentro de un ámbito estrictamente profesional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, no podemos dejar de considerar que la Fundación Caja Rural de Córdoba, que lleva el nombre de una importante entidad financiera de dicha provincia, es un instrumento por el que dicha mercantil lleva a cabo su política social, propia de estas entidades, lo que da lugar a que la dotación fundacional, como sostiene la Abogada del Estado, provenga de dicha entidad mercantil, que además nombra al Presidente del Patronato de la Fundación. Es decir, existe una indudable conexión entre la Fundación Caja Rural de Córdoba y la entidad mercantil Caja Rural de Córdoba, y es esa conexión evidente ante la opinión pública la que avala el acuerdo que ahora se impugna y que trata de preservar la imparcialidad del Juez, en este caso, Presidente de una Sección de la Audiencia Provincial, desde un punto de vista objetivo. Recuerda la representación de la demandada la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2001, que sostiene que con carácter general el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial responde a la finalidad sustancial de preservar su independencia, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquella aparece comprometida o empañada. El acuerdo recurrido sostiene que es incompatible el cargo en base a que la promoción de la cultura cooperativa tiene un indudable componente mercantil, así como por las funciones representativas del Presidente de la Fundación y al hecho de que sea nombrado por la Comisión Ejecutiva de la Caja Rural de Córdoba, y al mismo tiempo que el Patronato de la Fundación del que forma parte el Presidente aprueba las cuentas de la misma. Pues bien, es evidente que más



*allá del debate de si estamos o no ante una sociedad mercantil "strictu sensu", las funciones del Presidente de la Fundación, en cuanto representante de una entidad, relacionada directamente con una importante mercantil de la Provincia en que ejerce sus funciones jurisdiccionales, le obligan a firmar convenios y contratos de naturaleza mercantil, y a aprobar las cuentas de la Fundación, acto de máxima importancia y responsabilidad, que no puede obviarse so pretexto de desconocer las reglas contables. En consecuencia, no puede interpretarse el apartado 9 del artículo 389 en un sentido estricto, considerando que solo en el caso de empresas o sociedades mercantiles típicas existe incompatibilidad, pues la finalidad del mismo es como ya se ha dicho, evitar el ejercicio por quien tiene funciones jurisdiccionales, de cualquier otra actividad, que de forma objetiva, pueda ser apreciada por la sociedad como incompatible con la neutralidad e imparcialidad propia de la función jurisdiccional, y por eso el precepto pretende abarcar toda clase de sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género. Es evidente que si el precepto hubiera limitado la incompatibilidad a la participación, en este caso administrativa, en empresas mercantiles tipificadas como tales, las dos últimas concreciones sobrarían. En consecuencia, esta Sala comparte los argumentos del acuerdo recurrido, y de la Abogada del Estado que lo defiende, en el sentido de que no puede excluirse a las fundaciones automáticamente del ámbito del artículo 389.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni interpretar el termino sociedades o empresas mercantiles en su sentido más técnico, a fin de limitarlo a aquellas que tengan ánimo de lucro, sino que es una cuestión a resolver caso por caso, atendiendo a la actividad y naturaleza de las mismas y a sus circunstancias, como la vinculación mas o menos directa con una entidad mercantil, para determinar si el ejercicio de un cargo en las mismas pueda empañar o no la independencia judicial objetivamente".*

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

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

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

*Sostiene el Abogado del Estado que la decisión de la Comisión Permanente de 5 de diciembre de 2012 no se refiere a dicho precepto, sino que se declara la incompatibilidad solicitada "a la luz de lo dispuesto en el artículo 389 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial". Lo cierto es que, aunque la motivación debiera haberse efectuado al dictarse el Acuerdo que declaró la incompatibilidad y no al resolver la reposición, sí se fundamenta la resolución en el reglamento impugnado y anulado, y si bien es cierto que en dicho precepto no*



se establecía la incompatibilidad para el ejercicio de cargos directivos en asociaciones o fundaciones, sino tan solo la exigencia de solicitarla, dicha motivación decae en el presente caso, debido a la anulación del precepto.

Tras la anulación del precepto reglamentario por las sentencias de esta Sala antes citadas, ha de estimarse el presente recurso, por cuanto se vulnera el derecho de asociación reconocido en el artículo 22, ya que aun cuando esta Sala ha considerado en alguna ocasión que la presidencia de una fundación de una Entidad Mercantil era incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional, ello era precisamente atendiendo, caso por caso, a la naturaleza de dicha fundación, directamente vinculada a una entidad mercantil (caso de la Sentencia de 8 de febrero de 2010, ya citada). Corresponde sin embargo a la demandada demostrar dicha vinculación, y en el presente caso, del contenido transcrito del artículo 21 de los Estatutos de la Fundación Plataforma Cívica para la Defensa de la Justicia no se desprende que las funciones del Fedatario-Administrador serán incompatibles con la función jurisdiccional, y desde luego la referencia genérica a las causas de incompatibilidad de los artículos 389 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial no suponen la motivación necesaria que permita su fiscalización y control por los Tribunales y por ello se causa indefensión al recurrente y el acto impugnado debe ser anulado, sin que sea valido alterar la carga de la prueba de la incompatibilidad imputándosela a quien la solicita, y sin que se adivine porque ha de presumirse el asesoramiento jurídico por la pertenencia de un jurista a una asociación, por el mero hecho de serlo.

Igualmente, de conformidad con el voto particular que emiten algunos vocales del Consejo General existe vulneración del artículo 14 de la Constitución, pues del propio informe que se emite por el Secretario del Consejo del Poder Judicial y que consta transcrito, se demuestra que dicho Órgano constitucional venía concediendo la compatibilidad para ser directivo de la citada fundación, incluso para cargos como el de Secretario General con funciones mas amplias y ejecutivas, sin que se haya justificado en el acuerdo impugnado el cambio de criterio.

No se observa sin embargo la existencia de vulneración de la libertad de expresión alegada, pues el hecho de no formar parte de la directiva de la fundación, para nada afectaría a dicha libertad, ni individualmente, ni a través de la asociación, cuya afiliación se considera compatible por el acuerdo impugnado.

**CUARTO.-** A tenor del artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas en este recurso a la demandada, hasta la suma máxima de 3000 euros.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 280/2013, interpuesto por el Procurador Don José Ignacio de Noriega Arquer, en representación de Don Jose Ángel, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de DIRECCION000 (Albacete), seguido por el procedimiento de protección especial de los derechos fundamentales, contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 16 de mayo de 2013, por el que se desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Comisión Permanente de dicho Consejo, de fecha 5 de diciembre de 2012, que denegó al actor la solicitud de compatibilidad para ejercer el cargo de Fedatario-Administrador de la asociación "Plataforma Cívica por la Independencia Judicial", que se anula y se deja sin efecto, por contraria a Derecho, reconociendo el derecho del recurrente a la compatibilidad solicitada, con condena en costas a la demandada en los términos del último fundamento jurídico.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.