



Roj: **STS 6124/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6124**

Id Cendoj: **28079130072013100451**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **27/11/2013**

Nº de Recurso: **341/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

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

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 2/341/2012 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por DOÑA Bibiana , Magistrada, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Aurora Gómez- Villaboa y Mandri, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada formulado contra el acuerdo de 28 de junio de 2011, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara incompatible la condición de Magistrada en servicio activo con la de partícipe en la sociedad mercantil Almajano Abogados, S.L., posteriormente ampliado contra el Acuerdo de 19 de abril de 2012 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que desestima expresamente el citado recurso de alzada. Ha sido parte recurrida el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, representado por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales doña Aurora Gómez- Villaboa y Mandri, en nombre y representación de DOÑA Bibiana , mediante escrito con sello de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012, interpuso recurso contencioso- administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada formulado contra el acuerdo de 28 de junio de 2011, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara incompatible la condición de Magistrada en servicio activo con la de partícipe en la sociedad mercantil Almajano Abogados, S.L.

**SEGUNDO.-** Por diligencia de ordenación de 4 de mayo de 2012 se admitió a trámite el recurso, se tuvo por personada y parte a la recurrente y se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la LJCA .

**TERCERO.-** Una vez verificado, por providencia de 14 de junio de 2012 se tuvo por ampliado el recurso contra el Acuerdo de 19 de abril de 2012 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestima de forma expresa el recurso de alzada; se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado y se dio traslado a la recurrente para que, en el plazo de veinte días, dedujera la demanda.

**CUARTO.-** La recurrente por sendos escritos de 19 de junio y 19 de septiembre de 2012 solicitó el complemento del expediente administrativo en los particulares por aquella señalados, que fue acordado por la Sala mediante providencias de 5 de julio y 4 de octubre de 2012 respectivamente.

**QUINTO.-** La recurrente formalizó la demanda por escrito presentado el 31 de octubre de 2012 en el que, tras alegar cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró conveniente a su derecho, solicitó a la Sala:

« (...) dicte sentencia por la que, estimando el recurso contencioso- administrativo, resuelva:



1º.- Anular el acuerdo de 19 de abril de 2012, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se desestima el recurso de alzada nº 234/11 interpuesto por Dña. Bibiana contra el acuerdo de 28 de junio de 2011, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que "se declara incompatible la condición de Magistrada en servicio activo con la de partícipe en la sociedad mercantil" Almajano Abogados, S.L., así como contra esta última resolución de la Comisión Permanente.

2º.- En su consecuencia, declarar que a Dña. Bibiana, por limitarse exclusivamente -y haberlo hecho siempre a su mera condición de socia, sin realizar -ni haberlo hecho nunca- administración del patrimonio integrado en dicha sociedad mercantil, no le resulta de aplicación la norma contenida en el inciso final del artículo 326. 1 h) del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial. Y, en consecuencia, no está incurso en incompatibilidad alguna por esa titularidad.

3º.- Imponer al Consejo General del Poder Judicial las costas procesales del presente proceso. (...)».

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2012 se tuvo por formalizada la demanda y se dio traslado al Abogado del Estado a fin de que contestara la misma en el plazo de veinte días.

**SÉPTIMO.-** El Abogado del Estado evacuó el traslado concedido por escrito presentado el 26 de noviembre de 2012, en el que, tras exponer los antecedentes y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicitó a la Sala que dictara sentencia: « (...) por la que desestime el presente recurso contencioso-administrativo, con imposición de costas al recurrente».

**OCTAVO.-** Por Auto de 24 de enero de 2013 se acordó el recibimiento a prueba del recurso por plazo de quince días para proponer y treinta para practicar, con emplazamiento de las partes para que formulen por escrito los medios de prueba de que intenten valerse.

**NOVENO.-** Notificado el Auto precedente, el Abogado del Estado interpuso recurso de reposición que, previo traslado a la recurrente, resultó estimado por Auto de 11 de abril de 2013, que dejó sin efecto al anterior.

**DÉCIMO.-** Presentados por las partes sus respectivos escritos de conclusiones, por diligencia de ordenación de 11 de junio de 2013 se declararon las actuaciones pendientes de señalamiento.

**UNDÉCIMO.-** Por providencia de fecha 27 de junio de 2013 se señaló para la votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 17 de julio de 2013, suspendiéndose para dar traslado a las partes de las Sentencias del Pleno de 19 de julio de 2013, dimanantes de los recursos contencioso-administrativos 349/2011 y 356/2011, por haber resuelto sobre el artículo 326.1.h) del Reglamento de la Carrera Judicial.

**DUODÉCIMO.-** Por escrito de 27 de septiembre 2013 la representación procesal de Dª Bibiana formula alegaciones así como por el Abogado del Estado por escrito de 4 de octubre de 2013.

**DÉCIMOTERCERO.-** Por providencia de 17 de octubre de 2013 se señala de nuevo para el 30 de octubre de 2013 en cuyo acto tuvo lugar su celebración, continuando el 13 de noviembre de 2013, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente la Excm. Sra. Dª. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo la impugnación de la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada formulado contra el acuerdo de 28 de junio de 2011, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que declara incompatible la condición de Magistrada en servicio activo de doña Bibiana con la de partícipe en la sociedad mercantil Almajano Abogados, S.L., posteriormente ampliado contra el Acuerdo de 19 de abril de 2012 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestima expresamente el citado recurso de alzada.

**SEGUNDO.-** La recurrente plantea dos motivos de impugnación contra el acuerdo impugnado.

l) Sostiene que su situación no es subsumible en el artículo 326.1.h), segundo inciso, del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial. Y en segundo lugar denuncia una aplicación retroactiva del precepto.

Aduce que el Acuerdo de 19 de abril de 2012, vulnera el artículo 326 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial, al aplicarle indebidamente dicho precepto en la medida en que la recurrente se limitaba a ostentar la condición de socia (que no administradora) de Almajano Abogados, S.L.

Señala que esta misma Sala y Sección en el Auto de 13 de abril de 2011 -cuyo razonamiento jurídico cuarto, apartado 9, reproduce- ha rechazado que la recurrente esté incurso en causa de incompatibilidad por su



condición de socia al 50% de Almajano Abogados, S.L., circunstancia, por sí sola, que según su parecer debiera conducir a la estimación del recurso.

Combate luego las tres razones en que fundamenta el Acuerdo impugnado la aplicación del artículo 326.1.h) del Reglamento 2/2011 ;

1) Así en primer término argumenta que el acuerdo impugnado cuando concluye que doña Bibiana tiene *"indirectamente actuación de administración del patrimonio familiar"* , vulnera las normas reguladoras de las sociedades de capital en nuestro Derecho-. Reproduce el contenido del voto particular formulado contra el Acuerdo impugnado por el Vocal Excmo. Sr. don José Manuel Gómez Benítez. Sostiene que vulnera las del régimen económico matrimonial pues en el "consorcio conyugal aragonés" que rige su matrimonio, es posible la encomienda de la administración de parte significativa del mismo a uno de los dos cónyuges ( artículo 229.1 del Código del Derecho Foral de Aragón ). Alega que sienta una inexistente presunción de administración que contraviene frontalmente lo que la propia resolución considera hechos probados (la no realización por la recurrente de funciones de administración en Almajano Abogados, S.L.), extrayendo finalmente una conclusión que no deriva de su propio razonamiento.

2) Sobre la segunda de las razones en que se funda el acuerdo impugnado, esto es la relativa a la *imposibilidad de que los Jueces y Magistrados en activo presten asesoramiento jurídico por persona interpuesta* , se remite nuevamente a los razonamientos contenidos en el voto particular sobre la cuestión, que transcribe. Añade que no existe la más mínima prueba de que exista una prestación de servicios jurídicos por su parte.

Insiste de nuevo en la vulneración de las normas reguladoras de las sociedades de capital, pues el acuerdo presume que los socios de una sociedad mercantil desarrollan las actividades propias del objeto social, y califica el razonamiento del acuerdo impugnado como *absurdo* , en la medida en que permite concluir que cuando uno de los cónyuges es Juez y el otro Abogado, el primero de ellos presta asesoramiento jurídico *"por persona interpuesta"* , aunque se limite al ejercicio de su función jurisdiccional. Y si además están casados bajo régimen de gananciales, al integrarse los ingresos de uno y de otro en los bienes comunes, que no sólo el cónyuge Juez ejerce *"por persona interpuesta"* la profesión de abogado sino, incluso, que el cónyuge abogado ejerce *"por persona interpuesta"* la potestad jurisdiccional.

3) Finalmente sobre la pérdida de la apariencia de imparcialidad objetiva y subjetiva manifiesta que la resolución impugnada establece una presunción "iuris et de iure" de ausencia de imparcialidad, como es que un Juez socio de una sociedad mercantil dedicada entre otros objetos a la prestación de servicios jurídicos, es *"sujeto potencial de intereses procesales"* .

Argumenta que sin existir la más mínima prueba de que un Juez haya comprometido en un caso concreto en el que interviene su imparcialidad, difícilmente cabe formular reproche alguno. Reitera el desconocimiento de la condición de socio "strictu sensu" en una sociedad mercantil. Reprocha crear una nueva causa de abstención no prevista en la LOPJ, que desconoce además el principio de realidad concreta y específica que preside todas ellas.

Por esas mismas razones añade que la resolución impugnada contraviene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que pretende fundarse.

Como alegato final a este primer argumento insiste en que la exclusiva condición de socia en Almajano Abogados, S.L. no comporta el ejercicio de facultades de administración, constituyendo por el contrario, un instrumento idóneo para hacer efectiva la rigurosa incompatibilidad del artículo 389.8º LOPJ (que ni siquiera recoge para los jueces la excepción propia de la legislación de funcionarios públicos de posibilidad de "administración del patrimonio familiar" a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre ), y destaca la transparencia constante que ha presidido su modo de proceder.

II) Tras lo anterior defiende la inaplicabilidad a su condición de socia al 50% de Almajano Abogados, S.L., con carácter retroactivo, del artículo 326.1.h ), segundo inciso, del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial , así como la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución .

Expone que el citado precepto, aprobado por Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de mayo de 2011 -al igual que el resto del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial- entró en vigor el día 29 de mayo de 2011, por mor de lo preceptuado en su disposición final; y en el mismo no se recoge norma alguna de Derecho transitorio.

Manifiesta que el supuesto de hecho que afecta a la recurrente es subsumible en la norma contenida en la Disposición Transitoria Primera del Código Civil , según la cual: « (...) Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca...».



Señala que el propio acuerdo impugnado reconoce de forma literal que *"el precepto reglamentario citado no se debería considerar aplicable (...) a una situación consolidada diez años atrás"* habida cuenta de que el hecho de constitución de Almajano Abogados, S.L. fue muy anterior a la entrada en vigor del Reglamento y desde su constitución se generaron todos los derechos inherentes a la condición de socio. Y reconoce en el mismo sentido expuesto que *"entonces, no se requería de compatibilización de ningún tipo"*.

Considera inaplicable la doctrina del Tribunal Constitucional citada en el acuerdo impugnado porque aquélla se contrae a supuestos en los que una norma de Derecho transitorio regula una concreta retroactividad, lo que no sucede en este caso, y porque el acuerdo impugnado realiza una reproducción sesgada de la misma, en la que omite que la interpretación constitucional del concepto *"normas restrictivas de derechos fundamentales"* no sólo se refiere a *"las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas"*, sino también *"en la esfera general de protección de la persona"*, ámbito en el que, según el parecer de la recurrente, indudablemente se integra *"el medio, modo o manera elegidos para administrar el patrimonio personal"*, concretamente en el ámbito de la esfera personal (en cuanto a la libertad de elección) y en el de la esfera patrimonial (en orden a la articulación del régimen económico matrimonial).

Invoca finalmente los graves perjuicios que le ha ocasionado la resolución administrativa impugnada, al obligarle a desprenderse de gran parte de su patrimonio en el brevísimo plazo de ocho días.

**TERCERO.-** La Abogada del Estado solicita la desestimación del recurso al considerar que la resolución recurrida no incurre en las vulneraciones que se le atribuyen.

1. Considera acertado que el Consejo General del Poder Judicial haya procedido a una apreciación global, interpretando el artículo 389 de la LOPJ según su finalidad en relación con las circunstancias del caso, que resume en el carácter instrumental para su sociedad conyugal (similar a la de gananciales) de la entidad mercantil de la que es socia la Magistrada; el elevado número de participaciones (un 50%) y el hecho determinante de que dicha sociedad se dedique a la prestación de servicios jurídicos, cuya denominación se identifica incluso nominalmente con tal actividad.

Recuerda con cita de la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 31 de marzo de 2011, que reproduce en los particulares de su interés, que los diversos ordinales del artículo 389 de la LOPJ se orientan a preservar, en regulación omnicompreensiva la esfera de la imparcialidad, no sólo sustancial sino incluso la apariencia de tal.

Añade que esa pretensión del artículo 389 LOPJ, en relación con su finalidad, justifica que esta Sala haya entendido superada la literalidad del precepto, considerando integrables en los presupuestos de hecho de su aplicación situaciones fácticas que no se ajustan estrictamente a tal literalidad, si de las mismas se deriva una situación de peligro a la imparcialidad protegida por el artículo 389 LOPJ, análoga a la descrita en su tenor literal, a cuyo efecto cita la Sentencia de la Sección Octava de esta Sala de 8 de febrero de 2010, de la que efectúa reproducción selectiva de contenidos.

Concluye que a ello obedece la regulación del Reglamento de la Carrera judicial con su especificación de que ciertas actividades deberán ser sometidas a autorización, que sólo se concederá si analizando el artículo 389 LOPJ en relación con sus finalidades (según la doctrina, esencialmente inexistencia de menoscabo del servicio, preservación de la independencia y la imparcialidad), tales actividades potencialmente autorizables no afectan a tales bienes dignos de protección, considerando que en el caso sometido a decisión, atendidas las circunstancias concurrentes antes expuestas, no puede negarse la afectación de la impresión de imparcialidad.

2. Niega a continuación las afirmaciones de la recurrente sobre la innecesariedad de solicitar la declaración de compatibilidad en el caso concreto, a cuyo efecto cita la Sentencia de esta Sala -Sección Octava- de 22 de febrero de 2008, que transcribe parcialmente.

3. En lo referido a la denegación de la compatibilidad, aduce la representante de la Administración que la sociedad mercantil no sólo constituye un bien de la sociedad conyugal, sobre el que la recurrente, partícipe de dicha sociedad conyugal, puede actuar, sino también un verdadero instrumento de gestión de la misma, de cuya gestión -por aplicación de lo dispuesto en los artículos 229 y 240 del Decreto Legislativo 1/2011, regulador del régimen económico matrimonial aragonés, que reproduce- no puede excluirse a uno de los cónyuges.

Concluye la Abogada del Estado que si no puede excluirse de la gestión de la sociedad conyugal a uno de los cónyuges, no puede afirmarse que esté excluido de la gestión de la sociedad instrumental que nos ocupa.

4. Cuestiona seguidamente las argumentaciones sobre la intrascendencia del hecho de que la sociedad de la cual es partícipe al 50% tenga por objeto prestar servicios jurídicos, pues los presta su cónyuge, y no ella. Destaca que en este caso se ha creado por la Magistrada recurrente una persona jurídica que tiene capacidad



de prestar servicios jurídicos, es decir no cualesquiera otros del tráfico mercantil, sino precisamente aquéllos relacionados con su función de juzgar, lo que a su juicio compromete al menos la apariencia de imparcialidad.

5. Rechaza que el Auto de medidas cautelares de 13 de abril de 2011 y la Sentencia de 23 de febrero de 2012, ambos de esta Sala, tengan en el caso que nos ocupa la incidencia pretendida por la recurrente. El presupuesto fáctico de la sanción analizada en aquéllos era el no haberse abstenido la Magistrada ahora recurrente en asuntos llevados por un Letrado que se entendió vinculado con su marido, no pronunciándose, ni valorando en modo alguno, la intervención de la Magistrada en la sociedad mercantil constituida con su cónyuge.

Considera, antes bien, que la citada Sentencia, interpretada a contrario sensu, abona la existencia en este caso de un peligro potencial para la imparcialidad, que justifica la denegación de la compatibilidad.

6. Niega finalmente que exista aplicación retroactiva del artículo 326 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial.

En primer lugar porque la denegación de compatibilidad se deriva de la aplicación del artículo 389 de la LOPJ.

En segundo lugar, porque el Reglamento 2/2011 no introduce la referida causa de incompatibilidad, que existía ya, en interpretación conjunta del citado artículo 389 LOPJ con la Ley 53/1984, cuando la recurrente creó la sociedad mercantil, por lo que no supone novedad sustancial alguna, sino que es aclaratorio del régimen existente.

Y en tercer lugar ante la inexistencia de derecho adquirido alguno en este caso. Sostiene que estamos ante una situación cuyos efectos se prolongan en el tiempo, y la configuración normativa de la incompatibilidad incide en tal situación en el momento en que se dicta la norma. Recuerda, con cita de la Sentencia de esta Sala y Sección de 22 de enero de 1999, que las personas sujetas a un régimen de incompatibilidad integrante de su régimen estatutario no tienen derecho a mantener las condiciones en que realizan su función o tarea al servicio de la Administración ni "en el mismo nivel de exigencia en que lo estuvieran cuando ingresaron en aquella" ni, obviamente, en el que pudiera surgir después, sujeto a cambios normativos.

**CUARTO.-** Son antecedentes de interés para la resolución del recurso, cronológicamente ordenados, los siguientes:

1) Doña Bibiana, Magistrada, por escrito presentado el 25 de mayo de 2011 formuló a la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial consulta sobre si le resultaba aplicable la norma contenida en el artículo 326.1.h), segundo inciso, del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial -incompatibilidad del cargo de Juez o Magistrado con la administración del patrimonio personal o familiar- (folios 1 a 6 de la parte del expediente encabezada como «NOTA DE SERVICIO INTERIOR»).

Explicaba ser socia al 50% junto con su cónyuge (administrador único) de la sociedad ALMAJANO ABOGADOS, S.L. que calificaba como «*un instrumento del régimen económico matrimonial*», pues además de dedicarse a la prestación de servicios jurídicos, realiza actividad agrícola, y a la referida sociedad se aportaron bienes del matrimonio anteriores a su constitución, siendo titular de bienes inmuebles, de participaciones societarias y de arrendamiento inmobiliario, que constituyen prácticamente la totalidad de los bienes del matrimonio.

Recalcaba que su posición en la referida sociedad se limitaba a su posición de socia, sin ostentar cargos de administración, ni poderes de representación de la misma, ni ejercer administración de ningún tipo, razón por la que consideraba que el hecho de que la sociedad sirva como instrumento de administración del patrimonio familiar no convierte en administradores a los titulares que, como ella, se limitan simplemente a ostentar la condición de socio, sino que rigen las mismas reglas de administración de cualquier otra sociedad, sea cual fuere el objeto y finalidad de las mismas.

No obstante lo anterior, subsidiariamente, para el caso de que la Comisión Permanente entendiera que le era aplicable el mencionado precepto, solicitaba la concesión de compatibilidad.

2) La Comisión Permanente del CGPJ, previa propuesta del Servicio de Personal, en su reunión de 28 de junio de 2011, adoptó el siguiente Acuerdo (folio 10 de la parte del expediente encabezada como «NOTA DE SERVICIO INTERIOR»):

«I- 39- Examinada la consulta remitida al Consejo General del Poder Judicial por D<sup>a</sup>. Bibiana, Magistrada de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, sobre la incidencia del régimen de incompatibilidades previsto legal y reglamentariamente en relación con su condición de partícipe en la Sociedad Limitada "Almajano Abogados", la Comisión Permanente acuerda comunicar a la expresada Magistrada:

1.- Que, como reiteradamente se ha venido sosteniendo, la función consultiva del Consejo General del Poder Judicial, al margen de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se extiende a la emisión de dictámenes u opiniones solicitados por los miembros de la Carrera Judicial sobre particulares



situaciones o circunstancias que puedan concurrir a título individual, pues tales incidencias han de ser objeto de la oportuna resolución mediante acuerdo, adoptado en cada caso por los órganos competentes del propio Consejo.

2.- Sin perjuicio de lo anterior, y dados los términos concretos del escrito presentado, se declara incompatible la condición de Magistrada en servicio activo con la de partícipe de la sociedad mercantil antes mencionada, por entender -en el marco del artículo 326 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial - que dicha participación excede de lo que significa la mera administración del patrimonio personal o familiar.

3.- En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo, deberá D. Bibiana , ejercitar la opción que tal precepto le concede, en el plazo de ocho días a contar desde la notificación del presente acuerdo.

Participese el presente Acuerdo a la interesada con indicación de que contra el mismo cabe interponer recurso de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en el plazo de un mes a partir del día siguiente a su notificación».

3) Notificado el acuerdo precedente, la Sra. Bibiana por escrito presentado en el Consejo General del Poder Judicial el 27 de julio de 2011 manifestó ejercer la opción por el cargo de Magistrada, así como haber dejado de ostentar la condición de socia en la mercantil ALMAJANO ABOGADOS, S.L., mediante la transmisión de sus participaciones, acompañando copia de la escritura pública acreditativa de la referida transmisión (complemento I y II del expediente administrativo, sin foliar).

4) La Comisión Permanente del CGPJ por acuerdo de 17 de agosto de 2011 tuvo por ejercitada la referida opción (complemento I del expediente administrativo, sin foliar).

5) Asimismo, doña Bibiana por escrito presentado en el Consejo General del Poder Judicial el 29 de julio de 2011 interpuso recurso de alzada contra el acuerdo de 28 de junio de 2011 de la Comisión Permanente (folios 1 a 16 del expediente administrativo), quedando registrado bajo el número 234/11.

Por otro sí segundo digo del citado escrito solicitó que se acordara la suspensión del acto impugnado, petición que fue desestimada por Acuerdo de la Comisión Permanente de 17 de agosto de 2011 por razones de urgencia (folios 190 a 210 del expediente), posteriormente ratificado por Acuerdo del Pleno de 28 de septiembre de 2011 (folio 215).

6) Previa designación de Ponente, aprobación del informe preceptivo previsto en el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 23 de febrero de 2012, acordó retirar del orden del día la propuesta de resolución formulada por la Vocal Ponente de estimar el recurso de alzada (folio 81 del expediente).

7) El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del 19 de abril de 2012, acordó desestimar el recurso de alzada interpuesto (folios 114 a 145 del expediente administrativo).

La base de la fundamentación del citado acuerdo es del siguiente tenor literal (F.D. 3º):

«Tercero.- En tercer lugar, se alega que la mera condición de socia (que no administradora) de una sociedad que constituye el cauce instrumental del régimen económico matrimonial no es subsumible en el artículo 326.1 b) (sic) del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial y que, en consecuencia, el Acuerdo impugnado ha vulnerado dicho precepto al extenderlo a un supuesto de hecho no comprendido en el mismo.

El relato fáctico que la recurrente ofrece ha sido asumido por la Comisión Permanente, ya que este órgano fundamentó su decisión "en los términos concretos del escrito presentado". Por ello, para la resolución del presente recurso no resulta necesario dilucidar cuestiones de hecho pues, a esos efectos, basta con despejar qué régimen jurídico resulta aplicable a la situación en que la recurrente se encuentra.

La resolución adoptada por la Comisión Permanente declara incompatible la condición de magistrado en servicio activo con el hecho de ser partícipe de la sociedad mercantil antes mencionada, al entender, en el marco del artículo 326 del Reglamento de Carrera Judicial , que dicha participación excede de lo que significa la mera administración del patrimonio personal o familiar. Vistos los términos de la citada resolución, lo que en realidad se ha venido a considerar es que el supuesto de hecho configura una situación de incompatibilidad que, por definición, no es susceptible de ser compatibilizada al amparo de lo previsto en las letras h) e i) del citado artículo 326 del referido Reglamento. Tal afirmación obliga a comprobar si el sustrato fáctico tenido en cuenta por la Comisión Permanente es susceptible de ser incardinado en alguno de los supuestos enunciados en el artículo 389 de la LOPJ .

El apartado octavo del artículo 389 de la LOPJ establece que el cargo de Juez o Magistrado es incompatible con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro. Es cierto que, aparentemente, la recurrente no se halla incurso en esta causa de incompatibilidad, ya que quien ejerce tal actividad es Almajano Abogados SL,



de conformidad con lo previsto en el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLSC), dado que esa entidad adquirió personalidad jurídica propia e independiente tras la inscripción registral y como cualquier otra sociedad de capital, tiene carácter mercantil cualquiera que sea su objeto social; de otra parte, parece en principio que no resulta aplicable al caso lo previsto en el apartado noveno del artículo 389 de la LOPJ , dado que la recurrente no ejerce funciones de dirección, gerencia, administración, ni ostenta cargo de consejero, es socio colectivo o desempeña cualquier otra función que implique intervención directa, administrativa o económica, en la citada sociedad.

Ahora bien, la consideración global, sistemática y profunda de los hechos que aduce la recurrente llena (sic) a una conclusión contraria. En efecto, como ella reconoce, la entidad "Almajano Abogados SL.", de la que es socia, pero no administradora, es una sociedad que constituye el cauce instrumental del régimen económico matrimonial, materia en la que, sea cual sea la fórmula de gestión y administración de los bienes comunes, ningún cónyuge puede renunciar a facultades determinadas de participación en tareas de intervención, autorización, gestión o administración, cuando la decisión en cuestión recaiga sobre determinados bienes (como puede ser incluso en el caso de ser privativos de uno de los cónyuges, los actos de disposición sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para acordar sustraerlos al uso común) o bien a las derivadas de supuestos de desacuerdo en esa administración ( Art. 51 y 49, respectivamente, de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón ). En tales términos, la instrumentalización societaria aludida no puede evitar que la recurrente tenga indirectamente actuación de administración del patrimonio familiar, por lo que le resulta de aplicación lo establecido en el Art. 326.h) del Reglamento de Carrera Judicial .

A mayor abundamiento de lo razonado, debe tenerse en cuenta que la recurrente ostenta el 50% de las participaciones sociales de la mercantil Almajano Abogados SL., que aparte de constituir una forma de administración del patrimonio personal y familiar tiene como uno de sus objetos sociales la prestación de (sic) servicios jurídicos, como la propia recurrente reconoce en su alegato tercero. Pues bien este objeto social ejercido por una entidad en la que la recurrente, Magistrada en ejercicio, es socia en un 50%, no respeta la situación institucional de incompatibilidad establecida en el Art. 389. 6 y 7 de la LOPJ , pues si bien desde el punto de vista formal, tales servicios se prestan por otro sujeto, en tanto que la recurrente debe respetar las reglas que establecen el marco de las actividades compatibles con la función judicial, desde el punto de vista objetivo y material, se revela como contraria a esas reglas el que una entidad mercantil que pertenece en su mitad a la recurrente ejerza funciones de prestación de servicios jurídicos, pues la finalidad de la norma, que es perfectamente objetivable y justificable, es que el asesoramiento jurídico no se puede prestar por los Jueces y Magistrados en activo, ya por si mismos, ya por persona interpuesta, pues de otro modo esta circunstancia, que se apoya en la salvaguarda de la neutralidad e imparcialidad de quienes ejercen funciones jurisdiccionales, se vería fácilmente burlada e inaplicada. De ahí el acierto del acto impugnado cuando dice que "dados los términos concretos del escrito presentado, se declara incompatible la condición de Magistrada en servicio activo con la de participe de la sociedad mercantil antes mencionada, por entender -en el marco del artículo 326 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial - que dicha participación excede de lo que significa la mera administración del patrimonio personal o familiar", lo que es cierto, pues la administración del patrimonio personal o familiar es una actividad social más de dicha entidad, cuya denominación, además, es indicativa del objeto social relevante, que se puede considerar, por sus actos propios, como el de prestación de servicios jurídicos, actividad incompatible con el cargo de Juez o Magistrado, de conformidad con el ya citado Art. 389. 7 de la LOPJ .

En suma, la incompatibilidad del ejercicio de la función judicial con el de ser socia del 50% del capital de una sociedad que tiene, junto con otros, el objeto social de la prestación de servicios jurídicos, impide no solo esta actividad de servicio, ya sea de manera directa, ya se (sic) por persona interpuesta, sino también el no respecta (sic) la apariencia de que eso es así, de que no existe esa prestación de servicios. 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 los 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 (TEDH), 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 Daktaras 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).

Pues bien, 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 debe decidir 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.

Finalmente, debe despejarse otra cuestión de carácter temporal, que guarda relación con el momento en que la Sociedad Almajano Abogados SL fue constituida. Dado que el régimen transitorio del Reglamento no contiene previsión alguna al respecto, debe determinarse si la exigencia de compatibilidad a que se refiere el artículo 326.1 h) opera sólo respecto de las situaciones nacidas a partir de la entrada en vigor de dicho precepto, o por el contrario, también afecta a situaciones surgidas al amparo de la normativa anterior pero que se mantienen vigentes tras la entrada en vigor del actual Reglamento, tal y como sucede en el presente caso. En este sentido, teniendo en cuenta que la adquisición de la cualidad de socia tuvo lugar en el año 2001 y que el artículo 323.1 h) (sic) puede desplegar efectos desfavorables para la interesada, parecería que, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución y el artículo 2.3 del Código Civil, el precepto reglamentario citado no se debería considerar aplicable (...) a una situación consolidada diez años atrás que, entonces, no requería de compatibilización de ningún tipo.

Ahora bien, este esquema no se puede entender de modo absoluto, pues el hecho de que la nueva regulación del régimen reglamentario de incompatibilidades, en lo que al presente recurso interesa, se establezca la obligación de solicitar compatibilidad cuando la administración del patrimonio personal o familiar se lleve a cabo a través de personas jurídicas o comunidades de bienes, se está disponiendo en la propia norma, por su esencia y espíritu, la aplicación a los supuestos en que concurra esta circunstancia, sea cuál sea el tiempo en que se acordara este sistema de administración del patrimonio personal o familiar, por lo que se está en presencia de una retroactividad de naturaleza media, en tanto que sólo se aplica pro futuro respecto de situaciones nacidas con anterioridad a la nueva norma. Otra interpretación vaciaría de contenido, previsiblemente durante largo tiempo, al nuevo régimen regulador, y sería extender más allá de lo razonable y de manera inflexible el principio de irretroactividad, por cuanto el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que se da a esta expresión en las SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2, 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 y 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3), a saber, que la "restricción de derechos individuales" ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, tal y como recuerda la STC 104/2000, de 13 de abril de 2000. Desde luego, el medio, modo o manera elegidos para administrar el patrimonio familiar o personal no forma parte de los derechos fundamentales, y por ello es conforme a la Constitución que se aplique el nuevo Reglamento de Carrera Judicial a la recurrente en el supuesto examinado.

Por ello el recurso debe ser desestimado».

El acuerdo impugnado contiene el voto particular del Vocal Excmo. Sr. D. José Manuel Gómez Benítez que entiende debía ser estimado al sostener no asesora a nadie por el hecho de ser partícipe en una sociedad conyugal. También razona que no concurre causa de incompatibilidad por pérdida de apariencia de imparcialidad como Magistrada.

**QUINTO.-** Antes de examinar las alegaciones de la demandante en su escrito de demanda resulta oportuno dejar constancia de que el Pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de julio de





2013, recurso contencioso administrativo 39/2011 ha anulado en su FJ 23, el art. 326 1 h) del Reglamento 2/2011 en el inciso: "*La administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes, estará sujeta a la previa concesión de compatibilidad.*"

Previamente en el FJ **VIGÉSIMO** analiza la impugnación sustentada en que el antedicho precepto amplía la incompatibilidad descrita en el apartado 8 del artículo 389 LOPJ, careciendo el CGPJ de competencia para ello.

Dice que "Es jurisprudencia reiterada de la Sala en la materia que nos ocupa, que recoge entre otras la sentencia de 31 de marzo de 2011 (recurso 123/2010), que el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial responde a la finalidad sustancial de preservar la independencia de jueces y magistrados, 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.

Esta doctrina jurisprudencial se recogió en el artículo 267 del anterior Reglamento 1/95, y hoy en el artículo 330.1 del Reglamento vigente, no impugnado en este precepto, que establece que "*se denegará cualquier petición de compatibilidad de una actividad, tanto de carácter público o privado, cuando su ejercicio pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del Juez o Magistrado.*"

El artículo 326.1.h) del Reglamento, en el extremo impugnado, exige la previa concesión de compatibilidad para la administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes.

En la regulación de esta materia por la LOPJ, que se contiene en su artículo 389, no está incluida en la lista de incompatibilidades la administración del patrimonio personal o familiar, ni directamente, ni mediante sociedades u otras personas jurídicas, de forma que la sujeción ahora, en el Reglamento impugnado, de la administración del patrimonio personal bajo forma de sociedad u otro tipo de persona jurídica o comunidad de bienes, a la previa concesión de la compatibilidad, es realmente una innovación reglamentaria del estatuto de jueces y magistrados, que establece un requisito inexistente en la LOPJ.

El Abogado del Estado alega sobre esta cuestión que el Reglamento, en realidad, no declara incompatible la administración del patrimonio personal o familiar mediante sociedades, comunidades de bienes u otras personas jurídicas, sino que únicamente estatuye la obligación de solicitar la compatibilidad para tales menesteres, con una finalidad precautoria, a fin de evitar que el ejercicio de ciertas actividades pueda empañar, comprometer o, al menos, así aparentarlo, la imparcialidad y neutralidad inherente a la función jurisdiccional.

Sin embargo, por muy loable que sea la finalidad perseguida por el Reglamento, lo cierto es que sujeta una actividad a una previa autorización, no prevista en la regulación de la LOPJ. La extralimitación reglamentaria se manifiesta en la misma generalidad de los términos utilizados por el precepto, que incluye entre las actividades que sujeta a la condición de la previa concesión de la compatibilidad, no solo la administración del patrimonio personal o familiar por medio de sociedades, que podría presentar alguna similitud con el supuesto de actividad incompatible del artículo 389.8 LOPJ, que se refiere al "ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro", sino también la administración del patrimonio personal o familiar por medio de fórmulas tan amplias como cualquier otro tipo de personas jurídicas, así como de comunidades de bienes.

Estimamos, por tanto, que el precepto impugnado establece ex novo el requisito de la previa concesión de la compatibilidad para actividades que en la LOPJ no están sujetas a dicha condición, lo que excede de la potestad reglamentaria que el artículo 110.i) LOPJ reconoce al Consejo General del Poder Judicial en materia de incompatibilidades, que en el propio precepto está limitada al establecimiento de una regulación secundaria y auxiliar, que no autoriza ni la ampliación de la lista de actividades declaradas incompatibles en la LOPJ, ni la imposición del requisito o condición de la previa concesión de la compatibilidad cuando no está previsto en la dicha Ley.

**SEXTO.-** Tras los antedichos pronunciamientos del Pleno de esta Sala Tercera se dio audiencia a las partes para que efectuaran alegaciones.

1. Así la Sra. Bibiana insiste en que el Acuerdo impugnado debe ser anulado en razón de hacer aplicación del art. 326.1. h) anulado por las SSTs antes citadas así como que los actos administrativos impugnados no han adquirido firmeza por lo que no sería aplicable el contenido del art. 73 LJCA.

Defiende que los actos impugnados no son nulos sino anulables, conforme a la doctrina expresada en STS de 19 de diciembre de 2011, recurso de casación 2884/2010.

Recalca que en la demanda ya ponía de relieve la defectuosa redacción del antedicho precepto.



2. La Abogada del Estado entiende que los actos impugnados no resultan afectados por las precitadas SSTs del Pleno de esta Sala Tercera.

Tras reproducir los fundamentos pertinentes de las precitadas SSTs insiste en que de lo expuesta resulta que las SSTs citadas no anulan el desarrollo reglamentario hecho por el 326 de la descripción de las causas de incompatibilidad, en tanto que reconoce que están previstas en la LOPJ: el ejercicio de la función jurisdiccional sigue siendo incompatible, como dicen los incisos del art. 326 h) e i) que se mantienen, "Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro"; y, en su caso, "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." No es incompatible, matiza el TS, con "la administración del patrimonio personal o familiar, ni directamente, ni mediante sociedades u otras personas jurídicas, así como de comunidades de bienes"; pero recuerda que, respecto de esta administración del patrimonio personal o familiar, el art. 326 del Reglamento no la declaraba incompatible, sino solo la sometía a previa concesión de compatibilidad, obligación (de obtener tal previa concesión) que es lo que el TS anula.

Lo que cuestiona, pues, el TS es el medio de control previsto por el Reglamento para evitar que se den estas situaciones de incompatibilidad.

Concluye que el efecto lógico de la anulación decretada es la consideración de que los miembros del Poder Judicial que se limiten a administrar su patrimonio familiar o personal (por hacer alusión a la situación descrita en el inciso anulado de la letra h), no incurrir en irregularidad alguna susceptible de ser sancionada por no cumplir la obligación creada por el Reglamento y anulada de pedir la previa declaración de compatibilidad para ello. Pero si su actividad excede de tal administración, pues, p. ej. ejercen actividad mercantil tal y como veda el art. 389 LOPJ (y en propio art. 326 del Reglamento en lo que se mantiene), incurrir en causa de incompatibilidad, respecto de cuya situación es incuestionable la competencia del CGPJ. Recordemos que el art 397 de la LOPJ, "*Competencia para las compatibilidades*", señala: "*La competencia para la autorización, reconocimiento o denegación de compatibilidades, con arreglo a lo dispuesto en este capítulo, corresponde al Consejo General del Poder Judicial, previo informe del Presidente del Tribunal o Audiencia respectiva.*"

Defiende que sin consideración alguna a los incisos del 326 del Reglamento anulados, si al CGPJ se le pone de manifiesto - p.ej. como aquí, a través de una consulta- una situación que evidencia que un miembro del Poder judicial está incurrido en una situación de incompatibilidad, debe declararlo así en el ejercicio de la competencia que le otorga el art. 397 LOPJ, y, tal y como prevé el 390 LOPJ, conminar al cese en tal situación.

Finalmente entiende que los actos recurridos deben confirmarse en sus propios términos, pese a la anulación parcial del art. 326 del Reglamento 2/2011; y si, subsidiariamente y en hipótesis, se considerase que en alguna parte de los mismos o de la tramitación que llevó a su adopción se aplicaron aspectos anulados de tal art. 326 (lo que, por todo lo expuesto, no admite), lo procedente sería igualmente su conservación al amparo del art. 66 de la aplicable Ley 30/1992, puesto que su pronunciamiento esencial (declaración de la existencia de situación incompatible) permanecería incólume.

**SEPTIMO.-** La anulación del inciso reglamentario que hemos visto no altera, obviamente, la subsistencia del art. 389 LOPJ que establece las incompatibilidades del cargo de Juez o Magistrado, con inclusión en su apartado octavo del ejercicio de actividad mercantil o por sí o por otro.

Tal regulación de la LOPJ no resulta extraña a nuestro ordenamiento si tenemos en cuenta que el art. 14.1 del ya centenario Código de Comercio, aprobado por RD de 22 de agosto de 1885, estableció que "*No podrán ejercer la profesión mercantil por sí ni por otro, ni obtener cargo ni intervención directa administrativa o económica en sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los distritos, provincias o pueblos en que desempeñan sus funciones: 1º Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio Fiscal en servicio activo.*"

También subsiste, como recalca la Abogada del Estado, el apartado reglamentario sobre la incompatibilidad con cualquier función que implique intervención directa, administrativa o económica en empresas mercantiles de cualquier género.

El art. 2 del Código de Comercio reputa actos de comercio los allí comprendidos más los de naturaleza análoga, mientras el 116 reputa mercantil el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común, bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, cualquiera que fuese su clase siempre que se hubiere constituido conforme a las disposiciones del citado Código. Y en el art. 22 incluye entre otras sociedades a la de responsabilidad limitada.

Por su parte el art. 2 del TR de la ley de sociedades de capital atribuye carácter mercantil a las sociedades de capital cualquiera que sea su objeto.



El pronunciamiento de esta Sala tuvo lugar sobre el medio de control previsto en el Reglamento del CGPJ sobre actividades, en principio, no incompatibles.

Pretende el precepto legal, luego desarrollado reglamentariamente, salvaguardar el ejercicio de la actividad jurisdiccional y la máxima imparcialidad objetiva de los jueces y magistrados ( SSTC 145/1988, de 12 de julio , 155/2002, de 22 de julio ; STEDH Delcourt, 17 de enero de 1970 , Cuber 26 de octubre de 1984/1984, Piersack, 1 de octubre de 1982 , etc.) no solo real sino también la aparente.

Debe subrayarse que los componentes del Poder Judicial, es decir los jueces y Magistrados a que hace mención el art. 117 CE , tienen limitaciones establecidas por la Constitución que no se establecen respecto de otros servidores del Estado. Así el art. 127 CE impide a Jueces, Magistrados y Fiscales en activo pertenecer a partidos políticos o sindicatos cuando previamente el art. 28 CE reconoce a todos el derecho a la sindicación libre. Se trata por tanto de una función cuyos titulares tienen mermas en sus derechos que no tienen otros ciudadanos.

Se tratará, pues de dilucidar, si incurre en la incompatibilidad regulada en la LOPJ la situación puesta de manifiesto por la recurrente ante el CGPJ. Es decir si constituye o no ejercicio de actividad mercantil por otro la integración de su patrimonio familiar e ingresos de ambos cónyuges en Almajano Abogados, SL, con titularidad de las participaciones al 50% y dedicada no sólo a los servicios jurídicos sino también a otras actividades agrícolas e inmobiliarias así como la gestión del 93,17% de una SICAV.

**OCTAVO** .- Constituye hecho notorio (cfr. Web. Poder judicial. Acuerdo del Pleno del CGPJ de 12 de noviembre de 2013 promoviendo elaboración de unas normas deontológicas por los jueces y magistrados españoles) que España carece de normas deontológicas aplicables a los jueces españoles, mientras, en nuestro entorno próximo, por ejemplo, los magistrados italianos las aprobaron en 1994. No está de más recalcar que las normas deontológicas dimanen de la autorregulación.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la XIII Cumbre Iberoamericana celebrada en Santo Domingo, junio 2006, plasma en su art. 55 en el capítulo dedicado a la integridad que " *El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos*".

El apartado "imparcialidad" de los principios deontológicos de los jueces que figuran en la Resolución de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa 1703(2010) de 27 de enero de 2010 al referirse a la imparcialidad pone de relieve que " *el juez velará en su vida privada por no poner públicamente en cuestión la imagen de imparcialidad de su órgano jurisdiccional*".

En la llamada "Carta Europea sobre el Estatuto de los jueces" , carente de valor formal, aprobada en el seno del Consejo de Europa y proclamada en Estrasburgo el 17 de noviembre de 2010 con pretensión de garantizar la imparcialidad que cada persona espera legítimamente de los Tribunales se ha dicho que " *la independencia y la imparcialidad constituyen presupuestos indispensables para el funcionamiento de la justicia*". En consonancia con ello en el informe número 3 de 2002 sobre comportamientos incompatibles con la imparcialidad se concluye, 50 iii que cada juez " *debería adoptar en cualquier circunstancia, un comportamiento imparcial y que, además, lo parezca* " resaltando, 40 " *debería abstenerse de cualquier actividad profesional accesoria que perjudique su independencia y atente contra su imparcialidad*".

Los llamados "Principios de Bangalore sobre la conducta judicial", 2002, elaborados por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial tras un Borrador confeccionado por distintos grupos de trabajo constituidos por jueces y el Consejo Consultivo de los Jueces del Consejo de Europa han recibido una progresiva aceptación de diferentes sectores de la judicatura mundial y de los organismos internacionales interesados en la integridad del proceso judicial.

Los Principios de Bangalore al poner el acento en cuestiones como la independencia judicial, imparcialidad, integridad, corrección, igualdad, competencia y diligencia, son vistos como un documento que todas las judicaturas y sistemas toman en consideración.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su resolución 2006/23 de 27 de julio de 2006, invitó a los Estados Miembros, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos internos a que, al examinar o elaborar normas con respecto a la conducta profesional y ética de los miembros de la judicatura, tomasen en consideración los Principios de Bangalore.

De los antedichos principios vamos a recordar el que bajo el epígrafe imparcialidad dice, 2.3 *Un juez deberá, dentro de lo razonable, comportarse de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el juez sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos.*



Al hilo del mismo y del deber de reducir los conflictos de intereses derivados de las actividades financieras la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, con sede en Viena ha elaborado un Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial (www. Naciones Unidas, Nueva York, 2013), en el que se dice al hilo del antedicho epígrafe en el punto 68.

*Del mismo modo, un juez no debe permitir que sus actividades financieras interfieran con la obligación de sustanciar las causas que se someten a su conocimiento. Aunque algunas descalificaciones serán inevitables, un juez debe reducir los innecesarios conflictos de intereses que surgen cuando posee una participación financiera en organizaciones y otras entidades que actúan regularmente ante los tribunales, para lo cual ha de desprenderse de tal participación. Por ejemplo, el solo hecho de poseer un uno por ciento o menos de las acciones en circulación de una empresa que cotiza en bolsa se considera habitualmente un interés de minimis que no da lugar a una descalificación del juez en un juicio que tenga que ver con esa empresa.*

*Pero a menudo la cuestión de la descalificación abarca diversas consideraciones, cualquiera de las cuales puede hacer necesaria una descalificación. Las acciones pertenecientes a un juez pueden tener tanta importancia para él, independientemente de su valor de minimis visto a la luz del tamaño de la empresa, que la abstención o recusación sea procedente. Del mismo modo el juez debe ser consciente de que el público puede considerar que su posesión de acciones constituye un interés que requiere una descalificación. Sin embargo, es obvio que el juez no debe utilizar su parte de acciones de minimis como un medio para no tener que fallar determinadas causas. Si a un juez se le recusa frecuentemente por ser dueño de acciones, debe desprenderse de ellas (United States of America, Commonwealth of Virginia Judicial Ethics Advisory Opinion 2000-5. Véase Ebner v. Official Trustee in Bankruptcy, High Court of Australia, [2001] 2 LRC 369, (2000) 205 CLR 337.)*

69. *Un juez debe desalentar la participación de los miembros de su familia en transacciones en las que razonablemente pudiese parecer que están sacando provecho de su cargo judicial. Esto es necesario para evitar que surja la apariencia de favoritismo o explotación del puesto, y para minimizar la posibilidad de descalificación.*

**NOVENO** .- Debe analizarse, pues, que constituye actividad mercantil por si o por otro teniendo en cuenta el art. 3.1 del C. civil sobre interpretación de las normas no solo según el sentido propio de sus palabras sino también la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Tal es la razón por la que hemos hecho mención a principios éticos judiciales internacionales que coadyuvaran en la interpretación de la norma en discusión al atender a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas .

Constituye hecho notorio que hoy día el ejercicio de la actividad mercantil no suele realizarse de forma individualizada, por si mismo, sino mayoritariamente a través de sociedades mercantiles a fin de delimitar responsabilidades, a través de otro . Permite la Ley de Sociedades de Capital (TR aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio) en su art. 443 la constitución de sociedades con apenas tres mil doce euros de capital (sociedad nueva empresa de responsabilidad limitada).

Aquí no se trata de una sociedad nueva empresa de responsabilidad limitada sino de una sociedad limitada convencional en que el capital , desde su constitución hasta el momento de la consulta elevada al CGPJ, -y cuyo resultado es objeto de este recurso- se reparte a partes iguales, 50 %, entre dos cónyuges, uno abogado, cuyo primer apellido y actividad principal, ejercicio de la abogacía/prestación de servicios jurídicos, asume como denominación de la sociedad limitada, y otra, magistrada que ha incorporado su patrimonio familiar a la antedicha sociedad mercantil que también realiza actividades agrícolas, arrendamientos inmobiliarios, titularidad de bienes inmuebles y asimismo participa y gestiona el 93,17 % de una SICAV, presidida por el cónyuge abogado y en la que son consejeras las hijas del matrimonio .

Resulta certero el voto particular que se invoca cuando afirma que la recurrente no asesora jurídicamente a nadie por formar parte de la sociedad Almajano Abogados SL.

Sin embargo no entendemos que se pretenda que la titularidad de la mitad de las participaciones sociales de una sociedad limitada no constituya ejercicio de actividad mercantil por otro en los términos de la LOPJ.

**DÉCIMO** .- Para resolver la cuestión debe atenderse también a la doctrina vertida en la reciente Sentencia de esta Sala y Sección de 30 de abril de 2013, recurso 129/2012 .

En dicha sentencia se confirma una sanción a un funcionario de las Cortes Generales por incumplimiento reiterado de las normas sobre incompatibilidades de la que quedan exceptuadas las actividades de administración del patrimonio personal o familiar.

Lo relevante es que en su FJ Sexto se acepta la jurisprudencia de la Sala Quinta de este Tribunal Supremo acerca del incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades desempeñando una actividad privada no



exceptuada en la legislación sobre las mismas en lo que se refiere a diferenciar administración de patrimonio personal y familiar del ejercicio de actividades mercantiles necesitado de autorización de compatibilidad.

Las actividades mercantiles ya hemos visto que están prohibidas a jueces y magistrados aunque si cabe gestión de patrimonio familiar mientras otros servidores públicos, como el referido en la STS de 30 de abril de 2013 , tienen que solicitar compatibilidad para desempeñar actividades privadas. Sin embargo lo allí vertido también sirve de ayuda para entender lo que es ejercicio de una actividad mercantil por otro cuando se ostenta la mitad de las participaciones sociales en las condiciones más arriba expuestas.

En la citada Sentencia de 30 de abril de 2013 se acepta la reiterada doctrina de la Sala Quinta (*Sentencia de 10 de enero de 2002, seguida de otras de 4 de julio de 2003 y 14 y 21 de septiembre de 2009*), sobre que " *la administración del patrimonio familiar se refiere a la ejecución de actos de mera inversión económica incompatible con la realización de trabajos, gestiones o actividades laborales, mercantiles o industriales, encaminados no al mantenimiento o conservación de recursos ya integrados en el patrimonio del propio titular, sino que tiende a su creación, incremento a base de alguna forma de ocupación en la empresa o negocio de que se trate*".

**UNDÉCIMO** .- Avanzando más constatamos que la propia denominación societaria más la toma en consideración de la actividad profesional del cónyuge de la recurrente evidencian que no se trata de una mera sociedad de gestión de patrimonio personal aunque la recurrente alegue que por razón de su régimen económico matrimonial -consorcio conyugal, institución foral de derecho aragonés- incorpora a la misma lo que corresponde por razón de tal régimen.

No está de más subrayar que un régimen económico matrimonial no puede ser condicionante del ejercicio de la función jurisdiccional cuando aquel interfiere en ésta. Es notorio que, en el siglo XXI, el mismo no es inmutable sino que puede ser modificado mediante las oportunas capitulaciones matrimoniales ( art. 1315 y siguientes C. Civil ).

La aplicación del art. 389 LOPJ por el CGPJ no implica aplicación retroactiva, art. 9.3. CE , vedada por la Constitución por el hecho de que la situación naciera en 2002, fecha de la constitución de las sociedades de capital, salvo la SICAV, constituida en 2001, ya que el CGPJ no tuvo conocimiento de tales hechos hasta 2011 en que la recurrente los comunicó al CGPJ.

La propia recurrente pone de relieve que antes de integrar su patrimonio familiar e ingresos de ambos cónyuges en Almajano Abogados,SL, había constituido con su cónyuge la sociedad Almajano Salvo SL, que posteriormente absorbió a Almajano Abogados, Sociedad Limitada Unipersonal.

La mera tenencia de la mitad de las participaciones sociales conlleva el ejercicio de la actividad de la sociedad.

Tiene un poder decisivo al no poder tomar la sociedad decisiones trascendentes sin su voluntad (arts. 159, 160, 161 del TRLSociedades de Capital, 1/2010, de 2 de julio) pudiendo incluso bloquear el funcionamiento de los asuntos competencia de la Junta General ya que no puso de relieve que no se rigiera por las normas ordinarias de la legislación societaria.

Pero, además, ese ejercicio de actividad mercantil por medio de otro, la sociedad de capital, no tiene lugar respecto una mera administración del patrimonio personal en el sentido entendido por este Tribunal Supremo.

De lo manifestado en la petición dirigida al CGPJ se evidencia que gira sobre una sociedad de capital cuya actividad principal, en razón de su propia denominación tras absorber a otra sociedad de capital que se limitaba a ostentar los apellidos de la recurrente y de su cónyuge, es el ejercicio de la Abogacía bajo el apellido del cónyuge de la recurrente, con domicilio y ejercicio en la propia ciudad en la que la Magistrado despliega su actividad jurisdiccional .

La situación que acabamos de exponer, vínculo económico-jurídico de la intensidad del enunciado, puede afectar a la apariencia de imparcialidad objetiva para el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

La neutralidad y su apariencia es absolutamente necesaria respecto de un juez en una sociedad transparente y democrática máxime si la interpretamos con arreglo a los criterios éticos internacionales respecto a la conducta de los jueces y magistrados.

Imparcialidad objetiva que es absolutamente distinta de la subjetiva respecto de la que el TEDH en Sentencia de 6 de enero de 2010 , punto 126 afirmó que "se presume la imparcialidad personal de un Magistrado salvo que se pruebe lo contrario".

Por último debemos rechazar que la cuestión hubiere quedado prejuzgada por la STS de 23 de febrero de 2012, recurso 31/2011 o el previo ATS de 13 de marzo de 2011 . El rec. 31/2011 se limitó a enjuiciar si la recurrente



había incumplido el deber de abstención en dos asuntos que conoció como Magistrado que eran llevados por un letrado que ha compartido con su marido el mismo local o despacho profesional de Abogado.

**DUODÉCIMO.-** Las valoraciones anteriores obligan a declarar no haber lugar al recurso, con expresa condena en costas a la parte recurrente conforme al art. 139.1 LJCA . Y a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139.3 de la LJCA se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 3000 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución

## FALLAMOS

Se desestima el recurso contencioso administrativo contra la impugnación de la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada formulado contra el Acuerdo de 28 de junio de 2011, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara incompatible la condición de Magistrada en servicio activo de doña Bibiana con la de partícipe en la sociedad mercantil Almajano Abogados, S.L., posteriormente ampliado contra el Acuerdo de 19 de abril de 2012 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestima expresamente el citado recurso de alzada.

En cuanto a las costas estese al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos

## Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON Vicente Conde Martin de Hijas A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 341/2012 Y AL QUE SE ADHIRE EL MAGISTRADO DON Jose Diaz Delgado.

En ejercicio de la facultad establecida en el art. 260 LOPJ y proclamando mi respeto a la decisión de mis compañeros, aunque no la comparto, formulo voto particular disidente a la sentencia referida, que anuncié en la deliberación, por las razones que paso a exponer.

1º) Creo que la sentencia debiera haber estimado el recurso interpuesto, anulando la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestimó el recurso de alzada contra la resolución de la Comisión Permanente y consecuentemente, anulando la declaración de incompatibilidad, debiera haber declarado la compatibilidad solicitada por la recurrente.

Sobre el particular comparto plenamente las razones expuestas por el Vocal del Consejo General del Poder Judicial Don Manuel Gómez Benitez en su voto particular a la resolución del Pleno, en el doble sentido de que la titularidad del 50% de las participaciones sociales de la Sociedad limitada no convierte a la recurrente en administradora de la sociedad, y de que por el hecho de tener la sociedad Almajano Abogados como uno de sus objetos sociales la prestación de servicio jurídico no puede imputarse a la recurrente el ejercicio indirecto de la Abogacía, no pudiéndola considerar incurso en los supuestos de incompatibilidad de los números 6 y 7 del Art. 389 LOPJ .

2º) Considero que el supuesto legal del art. 389.8 LOPJ ("*Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro*") no puede incluir el hecho de la titularidad de participaciones de una sociedad, y no puedo compartir, y, por el contrario, rechazo expresamente, toda la argumentación contenida en los fundamentos de la Sentencia que conducen a la conclusión contraria, que creo que implica de hecho el desconocimiento de lo que constituye el régimen de la Sociedad Limitada.

No creo que la interpretación de las normas siguiendo los criterios establecidos en el art. 3.1 CC pueda conducir a la consecuencia, a que se llega en la sentencia, de convertir la titularidad de participaciones sociales, aún en la cuantía de que se trata en este caso, en ejercicio de actividad mercantil.

En mi criterio eso supone desconocer lo que representa la sociedad de capital en cuanto persona jurídica y centro de imputación jurídica diferenciada de las personas que la integran como socios.

Convertir la titularidad de particiones sociales en ejercicio de actividad mercantil supone, a mi juicio, un gravísimo error.

La apelación a la realidad social como criterio de interpretación, a que remite el art. 3.1 CC , aludido en el arranque del Fundamento de Derecho Noveno, y al espíritu y finalidad de las normas no creo que explique, ni justifique, convertir la titularidad de participaciones sociales de una sociedad limitada en el ejercicio personal por el partícipe de la actividad de la sociedad.



A la hora de interpretar un precepto como es el del art. 389.8 LOPJ , no considero acertado que la previsión legal del ejercicio por otro de la actividad mercantil, vedada, pueda incluir el supuesto de la titularidad de participaciones sociales. Si tal fuera el caso, y partiendo precisamente de la apelación a la realidad social, en lógica consecuencia debiera llegarse a la de que los miembros de la judicatura no podrían ser titulares de participaciones sociales o acciones de sociedades de capital, lo que me parece un puro dislate.

Estimo así que a la hora de interpretar el art. 389.8 LOPJ no puede incluirse, como ejercicio de actividad mercantil por otro, el hecho de ser titular de participaciones sociales de una sociedad limitada.

No se me oculta que en el razonamiento de la sentencia la interpretación del art. 389.8 LOPJ (por lo demás escasamente razonada, a mi juicio, cuando tal interpretación debiera haber sido el eje de partida de todo el razonamiento), gravita, no tanto en el hecho del ejercicio de actividad mercantil en sí misma, cuanto en la consideración de la singular actividad desempeñada en este caso por la Sociedad limitada, o una de sus actividades: la de ejercicio de la Abogacía. Pero la Sentencia, al no diferenciar con la precisión que, a mi juicio, fuera necesario uno y otro aspectos, desplaza de hecho las consideraciones que tienen que ver con este ejercicio, al plano de la actividad mercantil en sí misma, pronunciándose respecto de ésta en los términos que antes he censurado, y desemboca en conjunto en una solución, que no dudo en calificar de incoherente.

En efecto, si es la actividad de asesoramiento la clave del discurso, debiera haberse centrado exclusivamente en ella, sin condicionar su solución a la del ejercicio de actividad mercantil, como en realidad hace la sentencia.

3º) Me parece totalmente desafortunada la referencia que se hace en la sentencia, en su Fundamento de Derecho Décimo, a la Sentencia de esta Sala y Sección de 30 de abril de 2013, recurso 129/2012 . Primero, porque el caso resuelto en ella difiere esencialmente del actual; y después, porque la misma referencia desde esa sentencia a la de la Sala Quinta de 10 de enero de 2012 , de la que reproduce el pasaje que la muestra tomó como atinente al caso, incluye, a su vez, datos diferentes de los del caso actual, y resulta inoperante para la solución del que ahora nos ocupa.

En primer lugar, si leemos la sentencia de 30 de abril de 2013 , referente a un letrado de las Cortes (por tanto situado fuera del ámbito de aplicación del art. 389 LOPJ que es aquí el marco respecto al que discurre la solución recurrida y al que nosotros debemos atenernos), podremos comprobar (Fundamento de Derecho Primero, párrafo 4º y 5º) que el recurrente a la sazón «era administrador solidario de Á. A., S.L. y H., S.L., consejero de la C. I. DE T., S.A. y de V. ... A., S.L., consejero delegado y administrador único con otra persona de I. C. Y G., S.A. y representante de C., S.L.».

Sobre esa base me parece carente de toda justificación razonable la traslación de la doctrina pronunciada en ese caso, en el que ni la condición de administrador del a la sazón sancionado, ni el hecho del ejercicio como tal de actividad mercantil se discutían, al caso actual, en el que lo que está en cuestión es precisamente si de la titularidad del 50% de los participantes sociales de la Sociedad Limitada puede extraerse la consecuencia de que la recurrente ejerce actividad mercantil por medio de dicha Sociedad limitada.

Como me parece igualmente carente de justificación razonable la traslación al caso actual de la doctrina de la Sentencia de la Sala Quinta de 10 de enero de 2012 , de cuyo pasaje transcrito en la nuestra de 30 de abril de 2013 , no se puede extraer consecuencia aquí aplicable. En la referida sentencia lo que se examinaba es qué sea administración del patrimonio familiar, diciendo que «se refiere a la ejecución de actos de mera inversión económica incompatible con la realización de trabajos, gestiones...» .

Del pasaje precitado no puede extraerse que lo que sin violencia puede calificarse de "mera inversión económica", como es sin duda la suscripción del 50% de las participaciones de la sociedad familiar, determine que la misma suponga "la realización de trabajos, gestiones... etc.", que es lo que dicha sentencia consideró incompatible con la administración del patrimonio familiar, y que es lo que nuestra actual sentencia viene a considerar.

4º) En otro orden de consideraciones creo que la Sentencia de la que discrepo no guarda coherencia con la del Pleno a que se refiere al Fundamento Quinto de la nuestra, en el que se transcribe un pasaje significativo del Fundamento Jurídico Vigésimo de la del Pleno. Aunque dicho Fundamento se refiriese, no directamente a la interpretación del art. 389 LOPJ, sino a la de el art. 326.1.h) del Reglamento 2/2011 , que dicha Sentencia anuló, sí se contiene en ella en realidad una consideración sobre el alcance del artículo 389 LOPJ , cuando dice, que «En la regulación de esta materia por la LOPJ, que se contiene en su artículo 389, no está incluida en la lista de incompatibilidades la administración del patrimonio personal o familiar, ni directamente, ni mediante sociedades u otras personas jurídicas, de forma que la sujeción ahora, en el Reglamento impugnado, de la administración del patrimonio personal bajo forma de sociedad u otro tipo de persona jurídica o comunidad de bienes, a la previa concesión de la compatibilidad, es realmente una innovación reglamentaria del estatuto de jueces y magistrados, que establece un requisito inexistente en la LOPJ.».



Y más adelante que *«por muy loable que sea la finalidad perseguida por el Reglamento, lo cierto es que sujeta una actividad a una previa autorización, no prevista en la regulación de la LOPJ. La extralimitación reglamentaria se manifiesta en la misma generalidad de los términos utilizados por el precepto, que incluye entre las actividades que sujeta a la condición de la previa concesión de la compatibilidad, no solo la administración del patrimonio personal o familiar por medio de sociedades, que podría presentar alguna similitud con el supuesto de actividad incompatible del artículo 389.8 LOPJ, que se refiere al "ejercicio de toda actividad mercantil, por si o por otro", sino también la administración del patrimonio personal o familiar por medio de fórmulas tan amplias como cualquier otro tipo de personas jurídicas, así como de comunidades de bienes.»*

En la sentencia actual, sin embargo, damos por sentado que el art. 389 LOPJ incluye una veda, que la Sentencia del Pleno consideró que no se incluía en dicho precepto.

5) El otro extremo con el que expreso mi discrepancia con la mayor contundencia, es el atinente a la conexión con el ejercicio de la Abogacía en cuanto afectante a la apariencia de imparcialidad, que la sentencia infiere del hecho de la titularidad de un 50% de participaciones de una Sociedad Limitada junto con el esposo, titular del 50%, cuya sociedad lleva el nombre de éste y la referencia al ejercicio de la Abogacía ("Almajano Abogados, S.L.")

No alcanzo a comprender, (ni la sentencia lo explica en términos de razonamiento lógico, que no puede reducirse a una afirmación voluntarista de carácter apodictico), cómo el solo apellido del esposo de la recurrente y la indicación de Abogados, que es lo que compone el nombre de la Sociedad limitada, puede generar por sí solo una apariencia externa lesiva de la de apariencia de imparcialidad de la recurrente en su actividad jurisdiccional.

Ninguno de los significados del término apariencia según el Diccionario de la Real Academia española en cuanto elemento externo visible desde el exterior, justifica que un nombre, que no es el de la Magistrada recurrente, pueda inducir la sospecha de que ésta pueda ocultar el propio ejercicio de la Abogacía en la Sociedad, vedado a los Jueces por el art. 389.6º LOPJ .

La apariencia generada por el nombre de la sociedad solo puede ser la de que Almajano (el esposo de la recurrente) y otros abogados, ejerzan la Abogacía; pero no existe la mínima base discernible para justificar la sospecha de que la recurrente, oculta tras un nombre, que no es el suyo, la actividad de ejercicio de la Abogacía vedada a todo Juez por el art. 389.6 LOPJ .

Como punto de partida de mi análisis debo afirmar que la sola vinculación con el esposo Abogado no basta para justificar una sospecha de tal entidad. Y no es lógico aceptar que por el hecho de que el esposo instrumente su ejercicio profesional bajo la cobertura de una Sociedad limitada, a la que, como nombre de ésta, presta su propio apellido, tal mediación de la sociedad limitada pueda potenciar respecto a la recurrente una sospecha, a la que la vinculación personal e inmediata con el esposo no puede prestar soporte razonable.

Téngase en cuenta que desde el exterior (y en el plano exterior es donde debe situarse la apariencia) el nombre cuestionado no manifiesta ninguna relación con la recurrente, por lo que mal puede afirmarse que por sí mismo provoque ninguna sospecha comprometedor de la apariencia de imparcialidad objetiva. Para construir la afectación que se proclama en la sentencia, es necesario manejar otra serie de elementos que el solo nombre no sugiere; como son el del matrimonio de la recurrente con el Abogado que da nombre a la sociedad y el de la titularidad del 50% de sus participaciones sociales, datos que, en principio, no son inmediatamente asequibles a quienes se relacionan con la función jurisdiccional de la recurrente, que son las personas respecto de las que, en su caso, debe jugar la apariencia de imparcialidad objetiva.

Me parece sumamente exagerada la afirmación, no razonada, de la sentencia (Fundamento de Derecho Undécimo) de que *«el vínculo económico-jurídico de la intensidad del enunciado»* (la titularidad del 50% de las participaciones sociales de la Sociedad Almajano Abogados, S.L.), *«puede afectar a la apariencia de imparcialidad objetiva para el ejercicio de la actividad jurisdiccional»* .

Creo que, al razonar así; o mejor, al hacer tal comprometida afirmación no razonada, la sentencia comete el error de trasladar a un plano de apariencia, que debe ser susceptible de comprobación objetiva, lo que no es en realidad sino una aprensión o recelo subjetivo de la propia Sala, que funda una sospecha propia sobre la base de dos factores objetivos: matrimonio de la recurrente con el Abogado Sr. Almajano y titularidad de participaciones sociales. Ninguno de los dos, ni por separado, ni en conjunto, creo que puedan justificar tal sospecha.

6º) Me refiero en primer lugar al hecho del matrimonio. En términos de realidad social a la que apela el Fundamento de Derecho Noveno de nuestra sentencia al aludir al art. 3 CC , creo que hoy es un hecho muy común el de los matrimonios entre miembros de la Judicatura y Abogados; y no creo que de la sola existencia de un hecho tal pueda deducirse que resulte negativamente afectada la apariencia de imparcialidad objetiva





del miembro de la judicatura concernido. Y eso, pese a que, si el régimen económico del matrimonio es el de gananciales, el miembro de la judicatura se beneficie de los ingresos profesionales obtenidos en el ejercicio de la Abogacía por su cónyuge, compartiéndolos como comunes. Lo que es referible igualmente al régimen matrimonial de comunidad de la recurrente.

Me parecería sencillamente ridículo pensar que para la seguridad del miembro de la judicatura que se encontrase en tal situación, a la vista de lo dispuesto en el art. 389.6 LOPJ, debiera solicitar del CGPJ una declaración de compatibilidad.

Y si la vinculación con el esposo Abogado no es susceptible de generar sospecha de afectación de la apariencia de imparcialidad (lo que me parece incuestionable), no creo que la vinculación con la sociedad a la que el esposo da nombre, y bajo cuya cobertura éste ejerce la abogacía, pueda potenciar el afloramiento de la sospecha, lo que nos lleva al análisis del segundo de los elementos referido.

Este es el de la participación capitalista de la recurrente en el 50% de la sociedad limitada, a la que da nombre el esposo Abogado, (sociedad, no se olvide, que no tiene como objeto social sólo el del ejercicio de la Abogacía, sino otra serie de actividades distintas). Tal participación, como ya he dejado razonado más detrás, en modo alguno supone ejercicio de actividad ni de administración social ni de las actividades que componen el objeto social, con lo que tal participación societaria, en rigurosos términos jurídicos, carece de virtualidad para fundar la sospecha de que el socio capitalista ejerce la actividad de la sociedad, actividad que en lo referente al ejercicio de la Abogacía le está vedada a la recurrente.

Y si cada uno de los dos factores aisladamente considerados no pueden justificar en términos de razonabilidad jurídica la sospecha que comentamos, la unión de los dos factores no veo como pueda integrar un nuevo hecho base susceptible de sostener dicha sospecha.

Creo que nuestra sentencia, llevada de una exagerada preocupación por garantizar la apariencia de imparcialidad, incurre en realidad en un discurso sumamente superficial en términos jurídicos.

Pero es que además, a mi juicio, incurre en una inexplicable contradicción con la valoración que un proceso procedente atribuimos al mismo factor de la titularidad por la misma recurrente del 50% de las participaciones sociales de la misma sociedad, en cuanto eventual exponente de falta de imparcialidad.

Concretamente me refiero al Auto de 13 de abril de 2011 dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 31/2011, en el que, tras analizar con muy depurada técnica las exigencias de la prueba de indicios (Vid. Razonamiento Jurídico 6), afirmábamos (razonamiento 9) que:

«La simple condición de accionista o titular de participaciones en una sociedad mercantil de capital no figura entre las incompatibilidades que enumera el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues este precepto, por lo que hace a las *sociedades o empresas mercantiles*, únicamente señala como incompatibles con el cargo de Juez o Magistrado *“las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica (...)*”.

Tal afirmación la hacíamos, insisto, en referencia a la misma participación de la recurrente en la misma Sociedad de la que ahora tratamos. Y por ello no me explico cómo hoy la misma Sala y Sección puede considerar (aunque los procesos sean distintos) como causa de incompatibilidad el mismo hecho que ayer consideró que no lo era.

Es más, si se tiene en cuenta que lo que entonces estaba en cuestión era el incumplimiento de un deber de abstención, lo que supone una vinculación más próxima y actual de la apariencia de imparcialidad con un caso concreto, y estimamos que no estaba negativamente afectada tal apariencia de imparcialidad, no me explico cómo ahora, en que la apariencia de imparcialidad se contempla en un plano genérico, referido a la función jurisdiccional en abstracto, sin vinculación a un caso concreto, el hecho al que entonces negamos virtualidad para afectar a la apariencia de imparcialidad puede producir esa afectación con carácter general.

Encuentro en definitiva no fundada en términos de razonabilidad jurídica nuestra sentencia, y en tal sentido dejo expresado mi voto discrepante

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.