

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Recurso núm. 719/2009

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente:

DON JULIÁN MANUEL MORENO RETAMINO.

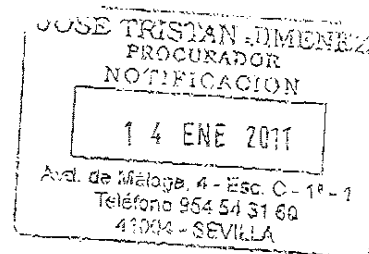
Ilmo. Sres. Magistrados:

DON FRANCISCO GUTIÉRREZ DEL MANZANO.

DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURAN.

DON EUGENIO FRÍAS MARTÍNEZ.

DON PEDRO ROAS MARTÍN.



En la ciudad de Sevilla, a trece de enero de dos mil once. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha visto el recurso núm. 719/2009, interpuesto por DON ANTONIO SANZ CABELLO, DOÑA MARÍA ESPERANZA DOÑA SEVILLA, DON JORGE RAMOS AZAR, DON JOSÉ

LUIS RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ Y DOÑA MARÍA DEL CARMEN CRESPO DÍAZ, representados por el Procurador DON JOSÉ TRISTÁN JIMÉNEZ, y defendidos por el Letrado SRA. DOÑA SANDRA MANZANERO GUTIÉRREZ, contra Acuerdo del CONSEJO DE GOBIERNO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, representado y defendido por Letrado de sus servicios jurídicos.

La cuantía del presente procedimiento es INDETERMINADA.

ANTECEDENTES

PRIMERO. - El recurso se interpuso el día 8 de octubre de 2.009, contra la Resolución que se citará en el Fundamentos Jurídico Primero.

SEGUNDO. - En la demanda, la parte actora solicitó de la Sala se dicte Sentencia anulando la resolución impugnada, con los demás pronunciamientos de constancia, instando el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO. - Dado traslado del escrito de demanda, la Administración demandada contestó en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara Sentencia de inadmisibilidad o confirmatoria del acuerdo recurrido.

CUARTO. - Practicadas las pruebas interesadas por las partes, las mismas formularon las conclusiones que determina el artículo 64 L.J.C.A., evacuando dicho trámite mediante los correspondientes escritos, en los que ratificaron sus pretensiones.

QUINTO.- Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los Autos a la vista con citación de las partes para Sentencia y se señaló para votación y fallo el día 10 de enero del presente año, anunciando el magistrado DON JULIÁN MORENO RETAMINO en ese momento la formulación de voto particular. Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURÁN.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se debate en este proceso, la conformidad a Derecho del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 31 de julio de 2009, por el que se decide no incoar expediente sancionador en las denuncias que dieron lugar a las actuaciones previas 09/420, realizadas por la Inspección General de Servicios.

SEGUNDO.- Aparecen como premisas fácticas del presente recurso las siguientes:

1º) El día 22 de junio de 2009, los actores formularon denuncia contra el ex Presidente de la Junta de Andalucía D. Manuel Chaves González, al amparo del art 11.1 d del R.D. 1398/1993 de 11 de agosto, por infracción del art. 7 de la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos, ya que el 13 de enero de 2009, el Consejo Rector de la Agencia I.D.E.A resuelve conceder el incentivo a Minas de Aguas Tefidas S.A.U. por un importe de 10.093.472, 20 euros, decisión ratificada por el Consejo de Gobierno presidido por el denunciado el 20 de enero siguiente, pese a que en esas fechas, su hija Dª Paula Chaves era apoderada de la empresa

incentivada, como acreditan el poder de 17 de octubre de 2008, inscrito en el Registro Mercantil el 12 de noviembre de 2008 y el posterior de 14 de enero de 2009, por lo que debió inhibirse, al concurrir los cuatro elementos coincidentes en el tiempo de la situación de incompatibilidad: Dos de carácter subjetivo, Alto Cargo de la Junta de Andalucía, por un lado, y una persona director, asesor o administrador de una empresa con interés. Y dos de carácter objetivo, relación de parentesco y que el Alto Cargo haya conocido del asunto que afecta a la empresa. Asunto, acto de ratificación del incentivo, que no es de carácter formal, sino necesario y constitutivo conforme al art 104 de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma Andaluza y art 4 del Decreto 254/2001 de 20 de noviembre (Reglamento del procedimiento de concesión de subvenciones y Ayudas Públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos, así como su régimen jurídico), ya que además lleva implícito la aprobación del gasto.

Se hace hincapié, en el hecho puesto de manifiesto por el comunicado de la Empresa de 27 de mayo de 2009, que "Dª Paula Chaves es empleada de MATSAU, desde el 2 de julio de 2007, como responsable del Departamento Jurídico con facultades de representación de la Compañía, y entre sus funciones están la gestión de contratos, asesoramiento legal interno a todas las áreas, la gestión y tramitación de incentivos y ayudas y la representación de la Sociedad ante cualquier notaría, Registro o Administración Pública".

Por ello consideran, conforme al art 15 1 a) y 2 a) de la Ley 3/2005 de Incompatibilidades, que la falta de inhibición del Sr. Chaves constituye una infracción muy grave, si se acredita se haya producido un daño manifiesto a la

Administración de la Junta de Andalucía o una infracción grave en el resto de los casos, solicitando el inicio y apertura del procedimiento sancionador y que tras la tramitación procedente se imponga las sanciones que correspondan.

2º) En fecha 7 de julio de 2009 se emite informe por el letrado jefe de la asesoría jurídica de la Consejería de Justicia y Administración Pública, a petición de la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios de dicha Consejería, relativo a las cuestiones jurídicas suscitadas en el art 7 de la Ley 3/2005 de 8 de abril de Incompatibilidades de Altos Cargos, en concreto:

-Si la existencia de un poder inscrito en Registro Mercantil y no aportado al expediente, implica obligación por parte de la Administración Pública de conocerlo.

-Si existe deber de inhibición del art 7 de la Ley 3/2005 de 8 de abril, cuando el familiar de alto cargo es apoderado pero no interviene en la tramitación del expediente hasta un momento posterior al que lo hizo el alto cargo.

La primera cuestión tiene una respuesta negativa, tras un estudio exhaustivo del instrumento de la representación, afirmando que en ningún caso se le puede obligar a la Administración a comprobar y cotejar la validez de todas las representaciones que pudiera tener formalizada la entidad y mucho menos aquellas que voluntariamente formalizadas no se empleen en la actuación directa con la Administración.

La segunda, tras la transcripción literal del precepto, art 7 de la Ley 3/2005 y destacar las bondades de la norma dentro del marco jurídico iniciado con la Constitución, en el que han de actuar los altos cargos, funcionarios y el resto del personal de las Administraciones Públicas, de

acuerdo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez etc..., considera que al tratarse de una norma restrictiva de derechos, tanto para el alto cargo como para sus familiares, tiene una obligada interpretación "in dubio", en sentido estricto y restrictivo. Por ello tiene que darse un conflicto de intereses entre lo público y privado, que concurriría cuando el asunto en cuestión afectase a empresa en cuya dirección, asesoramiento o administración hubiera tenido alguna parte el familiar, llegando finalmente a la conclusión, que no se da, porque cuando el asunto llega al campo de actuación del alto cargo, en el expediente no ha intervenido el familiar, aunque lo haya hecho con posterioridad a la decisión, lo que resulta irrelevante para la inhibición.

Apoya dicha conclusión en el art 28 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo relativo a la abstención, que exige la intervención del familiar durante la tramitación del procedimiento.

3º) Con sustento en el antecitado informe se emitió por el Inspector General de Servicios, el de 10 de julio de 2009 en el que se concluye, que la Sra Paula Chaves interviene en el expediente en fecha posterior al Acuerdo del Consejo de Gobierno, que los poderes de fecha anterior al no estar aportados al expediente no tienen porqué ser conocidos por la Administración actuante. Y que por tanto Don Manuel Chaves, en su intervención como Presidente de la Junta de Andalucía en el Acuerdo de 20 de enero de 2009, por el que se ratifica el adoptado por el Consejo Rector de la Agencia

de Innovación y Desarrollo de Andalucía, no incurrió en el deber de inhibición previsto en el art. 7 de la Ley 3/2005 de 8 de abril de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos.

4º) Con fecha 21 de julio de 2009, se dicta el Acuerdo del Consejo de Gobierno, que se remite a dichos informes y es el objeto del recurso que ahora revisamos.

TERCERO. - Opone la letrada de la Junta de Andalucía, la excepción procesal previa, de falta de legitimación activa de los recurrentes, que determinaría la inadmisibilidad del presente recurso ex art 69 b) y 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que el hecho de ser denunciante, sólo comporta el derecho a ser notificados del acuerdo de iniciación o no del procedimiento (art 11.2 del Real Decreto 1398/93 de 20 de noviembre) tal como se ha hecho, pero carecen de cualquier legitimación procesal conforme a numerosa Doctrina del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia que exigen un interés real y directo, ausente en el presente caso, ya que una eventual tramitación del expediente disciplinario en nada afecta a su esfera jurídica y no está prevista la acción pública en defensa de la legalidad. Ni siquiera por su condición de parlamentarios, ya que las responsabilidades políticas se exigen en el Parlamento no en el ámbito del proceso contencioso administrativo.

Desde luego no se trata de exigir responsabilidad política,

sino disciplinaria por infracción administrativa prevista en una Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos emanada del Parlamento Andaluz, por tanto dentro del ámbito propio de este proceso. Y en cuanto a la Doctrina alegada sobre legitimación, un examen de la Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, referida en su mayoría a las denuncias contra jueces y magistrados, en concreto, la sentencia de 2 de junio de 2009, citada por la propia Letrada de la Administración en su escrito de conclusiones, resume todo el cuerpo doctrinal que se ha formado al respecto en la anterior de 12 de febrero de 2007:

"A modo de síntesis de la doctrina reseñada en los párrafos anteriores, esta Sala tiene declarado: El interés determinante de la legitimación de un denunciante se concreta en que el Consejo General del Poder Judicial, desarrolle las actividades investigadoras que le correspondan sobre disfunciones e irregularidades, que se hayan comunicado en relación a la Administración de Justicia o la actuación de los Jueces y Magistrados, pero no comprende, por todo lo que se ha razonado con anterioridad que esa actuación investigadora termine necesariamente con acto sancionador (STS 13 de octubre de 2004, 19 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2005).

Continúa en su fundamento jurídico cuarto "En aplicación de la doctrina que hemos expuesto en el apartado anterior esta Sala ha admitido la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al magistrado denunciado, sino que el Consejo General del Poder Judicial acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido por

parte de ese magistrado una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de atribuciones de dicho Consejo General, (sts 17 de marzo de 2005, 22 de diciembre de 2005, 18 de septiembre de 2006, 16 de octubre de 2006 y 6 de noviembre de 2006)".

Como la pretensión de los denunciados contenida en el suplico de la demanda se circunscribe a que se revoque el Acuerdo, para que se incoe el correspondiente expediente a D. Manuel Chaves y se investiguen los hechos denunciados como solicitaban en la denuncia de 22 de junio de 2009, y no, la imposición de una sanción, es perfectamente admisible el recurso conforme a la Doctrina expuesta, pues el control que desde este órgano judicial ha de hacerse del acto de no incoación, no puede llegar a sustituir como alega el letrado de la Administración, al Consejo de Gobierno en el ejercicio de su potestad disciplinaria, pero sí debe controlar que en el ejercicio de dicha potestad se realice una actividad investigadora razonable que descarte unos hechos, que podrían constituir, de ser adverbados, una posible responsabilidad administrativa.

CUARTO.- Desde esta perspectiva, cabe apreciar vulneración de los preceptos citados en el fundamento jurídico segundo de la demanda (arts 11 a 15 del Reglamento del Procedimiento del ejercicio de la Potestad Sancionadora), porque además de la denuncia de los actores existía otra anterior. En ellas, se pusieron de manifiesto unos hechos que sin prejuzgar su veracidad y transcendencia sancionadora, tienen una gravedad evidente, que exigían una mínima investigación y comprobación, máxime teniendo en cuenta que la propia concesión del incentivo estuvo rodeada de una gran polémica como acreditan las noticias periodísticas aportadas con la

denuncia e incluso fue objeto de una querrela que finalmente fue archivada. Comprobación exigida por el art 12 del Reglamento de la Potestad Sancionadora: "Las actuaciones previas se orientarán a determinar con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento".

No se trata por supuesto, de enjuiciar aquí cuestiones relativas al incentivo puestas de manifiesto en la contestación a la demanda, tales como, si se modificó la normativa para que tuvieran cabida proyectos del sector minero excluidos en la anterior, o si se cumplían los requisitos para ser beneficiario de la subvención (que se tratara de Proyectos no iniciados) o si estaba motivada la modificación de la cantidad inicialmente propuesta de 6 millones de euros a los finalmente concedidos, más de 10 millones); sino, si han quedado debidamente justificadas las actuaciones previas que previene la norma.

Y estimamos que no, porque en lugar de determinar con la mayor precisión posible los hechos denunciados (a través por ejemplo de actuaciones tan simples como petición de informe al Alto Cargo, de información a la empresa sobre la relación laboral del familiar y sus funciones e incluso a este último), sin actividad investigadora alguna, se han limitado a elaborar unos informes jurídicos interpretativos sobre el precepto que se denunciaba infringido, el apoderamiento en relación con la actuación ante la Administración o el art 28 de la Ley de Procedimiento, con la única finalidad de exculpar "ab initio" al Alto Cargo.

Lo que nos lleva a concluir que la Resolución impugnada, aunque formalmente contenga una motivación por remisión al informe de 10 de julio de 2009 (art 54 de la L.R.J.A.E. Y L.P.A.C.), resulta arbitraria e injustificada, porque lo

realmente trascendente, no era si la Administración tenía o no conocimiento de la relación de la hija del Alto Cargo con MATSAU o si conocía o no la existencia de los poderes de representación otorgados con anterioridad a la fecha del Acuerdo de ratificación, sino si el Alto Cargo cuando presidió el Consejo de Gobierno de 20 de enero de 2009 ratificando la subvención y aprobando el gasto a favor de la empresa MATSAU, conocía que en su dirección, asesoramiento o administración tenía alguna parte el miembro de su familia y ello con independencia de su intervención directa con la Administración según el tenor literal del art.7 de la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos. Intervención directa del familiar que aparece documentalmente en el expediente por primera vez (folio 33), el 19 de febrero de 2009, y lo hace como solicitante de los incentivos previstos en la Orden de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de 9 de diciembre de 2008, aceptando para su elevación a definitiva la propuesta de resolución de concesión y cuantía del incentivo, por lo que siendo de fecha posterior a la intervención del Alto Cargo, los informes que sustentan el Acuerdo de no incoación, consideran que no existía conflicto de intereses públicos y particulares y esa participación ya no prejuzgaba la decisión del alto cargo, resultando irrelevante para la obligación de inhibición no pudiendo valorarse retroacción en este sentido.

Con independencia de la existencia de posibles indicios sobre la intervención del familiar en el procedimiento de subvención, puestos de manifiesto en la prueba practicada en autos y en el propio expediente (folio 33, donde aparece el documento por el cual la Sra Chaves acepta la concesión como solicitante del incentivo convocado por Orden de 19 de

diciembre de 2008, cuando la solicitud del Sr. López Rubio como apoderado de MATSAU hacía referencia a la Orden de abril de 2007 y su intervención se limitó según su testimonio a la mera presentación y su posterior subsanación en octubre de 2007, los poderes otorgados con anterioridad a la ratificación del Acuerdo etc.), el tenor literal del art 7 de la Ley de Incompatibilidades: "Los titulares de altos cargos están obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas, entidades o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos, su cónyuge, pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro o persona de su familia dentro del segundo grado civil" no exige la intervención directa del familiar en el procedimiento en el que tiene interés la empresa, sino simple y llanamente que sea parte de la dirección, asesoramiento y representación de la empresa para que el Alto Cargo deba inhibirse como se afirma en el propio informe de la asesoría jurídica (folio 41), por tanto si desde julio de 2007 la Sra Chaves pertenecía a la empresa MATSAU con funciones de asesoramiento jurídico (Comunicado de la propia empresa), esa relación laboral era conocida por el Alto Cargo (coincidieron en la reapertura oficial de la mina el 7 de noviembre de 2007), la actividad investigadora debe centrarse en esos hechos y no en una mera interpretación jurídica del precepto, que pertenece a una fase posterior, es decir, una vez incoado el expediente.

QUINTO.- Por lo expuesto y considerando que el Acuerdo impugnado de no incoación, es arbitrario e injustificado, vulnera el Reglamento de la Potestad sancionadora, e ignora

los principios constitucionales consagrados en los arts: 103.1 y 9.3 de la Carta Magna (servir con objetividad a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho), procede la estimación del recurso y su anulación, ordenando la apertura del expediente como se solicitaba en la denuncia y en el suplico de la demanda, pretensión para la que están legitimados los actores conforme a la Doctrina del Tribunal Supremo citada en los fundamentos precedentes.

SEXTO. - La Sala, en atención a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. no aprecia la concurrencia de motivos que justifiquen la condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y obligada aplicación,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

FALLAMOS:

Rechazando la causa de inadmisibilidad, debemos estimar y estimamos el recurso interpuesto por DON ANTONIO SANZ CABELLO, DOÑA MARÍA ESPERANZA DOÑA SEVILLA, DON JORGE RAMOS AZAR, DON JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ Y DOÑA MARÍA DEL CARMEN CRESPO DÍAZ, contra Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 31 de julio de 2009, que anulamos, procediendo la incoación del correspondiente expediente sancionador frente a DºManuel Chaves González. Sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en

legal forma a las partes, haciéndoles saber que cabe recurso de casación contra ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el libro de los de su clase y, una vez firme, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO D. JULIÁN MANUEL MORENO RETAMILNO EN EL RECURSO 719/2009.

FUNDAMENTO JURÍDICO PRIMERO.- El presente voto particular es discrepante, en parte, con la sentencia mayoritaria, toda vez que en cuanto a los tres primeros fundamentos jurídicos de la sentencia hay coincidencia. En efecto, estimo -con la mayoría del Tribunal-, que la parte demandante está legitimada para la acción ejercitada. En la medida en que la primera parte de la sentencia contiene un relato de los hechos, y de las alegaciones efectuadas por las partes, así como en la medida en que se admite la legitimación de los actores, estoy conforme con estos particulares.

FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO.- Discrepo, con el máximo respeto, de la sentencia mayoritaria por cuanto estimo que

no se han vulnerado los preceptos citados; esto es, los artículos 11 a 15 del reglamento de la potestad sancionadora. (R.D. 1398/1993), ni ningún otro de aplicación al caso.

La existencia de una denuncia anterior a la de los hoy demandantes no puede considerarse, a mi juicio, elemento determinante para concluir que existen unos hechos que por su gravedad o verosimilitud deben ser investigados mediante un procedimiento sancionador. El objeto del recurso que ahora resolvemos, está constituido por el acuerdo de 31 de julio de 2009. La función del Tribunal debe limitarse, para no incurrir en incongruencia, a enjuiciar la conformidad a derecho del citado acuerdo. La expuesta es, como veremos, la posición que ha mantenido el Tribunal Supremo.

Cierto es que la existencia de denuncias anteriores, puede añadir -en algunos casos- un plus de verosimilitud sobre la certeza y gravedad de los hechos denunciados. Ahora bien, no puede olvidarse que, como expresa la propia sentencia mayoritaria, la querrela formulada fue archivada. En cuanto a la polémica que se suscita en los medios periodísticos, ha de admitirse, a mi parecer, que no puede fundar por sí misma la necesidad de incoación de un procedimiento sancionador. Así pues, la existencia de una denuncia anterior podría, en algunos casos, suponer un elemento más para considerar la necesidad o procedencia de iniciar un procedimiento sancionador. Pero, cuando, como es el caso presente, no consta más que el hecho mismo de la denuncia, y su repercusión mediática, entiendo que no puede ser elemento suficiente para que, en aplicación del artículo 11 del R.D. 1398/1993, se inicie un procedimiento sancionador. Lo contrario puede llevarnos a la deriva de los juicios paralelos, a la postre consagrados en los

Tribunales. Deriva contra la que previene el propio Tribunal Supremo.

FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO.- Comparto también con la mayoría del Tribunal que en este proceso judicial no procede enjuiciar cuestiones atinentes al fondo del asunto, a la procedencia o no de la subvención, sino, en palabras de la sentencia mayoritaria, si han quedado debidamente justificadas las actuaciones previas que previene la norma. Esto es, sobre todo, los artículos 11 y 12 del Reglamento citado.

Discrepo de la sentencia mayoritaria que responde negativamente a la pregunta anterior. Entiendo que no es función del Tribunal sentenciador determinar cuales han de ser las concretas actuaciones que han de practicarse para determinar con precisión los hechos denunciados. En unos casos, esa diligencia podrá precisar del informe del Alto Cargo, pero en otras podrá ser del todo innecesaria esa diligencia. Entiendo que dentro del ámbito de discrecionalidad administrativa, ha de comprenderse la posibilidad de practicar unas u otras diligencias de investigación, en aplicación de lo dispuesto en los preceptos referidos y en aras siempre del mejor servicio al interés general. Obsérvese que el artículo 12 del reglamento citado dispone "En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible...". Caben pues muy diversas actuaciones y puede afirmarse, a la vista del precepto citado que normativamente no está predeterminado cuál ha de ser el contenido concreto de esas actuaciones previas.

Y desde luego, entiendo que, en el caso enjuiciado, la actividad de comprobación se ha producido de forma

suficiente, para concluir que, en efecto, el acto impugnado es conforme a derecho.

FUNDAMENTO JURÍDICO CUARTO.- Para mejor desarrollar la tesis expuesta se hace precisa una breve exposición de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia.

En sentencia de 23 diciembre de 2008 declara el Alto Tribunal: "TERCERO.- Los criterios seguidos por el Consejo para justificar su decisión de archivo fueron acertados por lo que se explica seguidamente.

El CGPJ no está obligado a iniciar su actuación investigadora ante cualquier denuncia que impute una posible responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados, sino únicamente cuando los términos y el contenido de dicha denuncia ofrezcan datos suficientes que demuestren razonablemente la conveniencia de la investigación por exteriorizar los mismos unos mínimos indicios sobre su verosimilitud.

Así lo imponen, de un lado, el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE), que conlleva la necesidad de evitar actuaciones gratuitas o innecesarias; y, de otro, el derecho al honor reconocido a todas las personas, incluidas las que forman parte de la Administración de Justicia (art. 10 CE), que aconseja evitar actuaciones que puedan comprometer públicamente su buen nombre personal y profesional si no existe para ello la debida justificación". Y continúa el Tribunal Supremo, "Por otro lado, esas otras denuncias anteriores invocadas en la demanda fueron ya decididas por actos administrativos distintos del acuerdo que es combatido en el presente proceso (como la propia demanda indica), actos aquellos que eran en su momento susceptibles de impugnación jurisdiccional independiente."

Antes de continuar con la exposición de la doctrina jurisprudencial, merece destacarse cómo el Tribunal Supremo no valora como relevantes la existencia de otras denuncias anteriores. En esa línea de razonamiento hay que entender lo expuesto en el fundamento segundo de este voto.

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de cuatro de octubre de 2010 declara que "debemos recordar que esta Sala tiene reiteradamente declarado (se citan varias sentencias) que no resulta exigible al Consejo General del Poder Judicial ninguna actividad precisa de instrucción, pues tiene facultades para acordar el archivo, incluso, de plano de los escritos de queja o denuncia que reciba si, como aquí sucede, no considera necesarias otras determinadas actuaciones de información o inspección. Así se deduce del término "podrá" que recoge el artículo 423.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y ello por exceder lo realmente pretendido por el recurrente del ámbito de competencias del Consejo General del Poder Judicial que, carente de atribuciones para administrar Justicia, no puede revisar las resoluciones adoptadas por los Tribunales de Justicia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confía la Constitución.

En fin, en la sentencia de dos de Noviembre de 2010 se declara ajustado al ordenamiento jurídico el proceder del Consejo General del Poder Judicial cuando archiva una denuncia tras haber realizado una actividad investigadora razonable y observan que no está obligado a iniciar ulteriores actuaciones cuando los hechos aportados por los denunciados no exterioricen unos mínimos indicios sobre su verosimilitud.

FUNDAMENTO JURÍDICO CUARTO.- Sobre la doctrina

expuesta cabe hacer algunas precisiones, a mi juicio.

En primer lugar no debe ser trasladada de forma acrítica a otros supuestos distintos sin algunas matizaciones. En efecto, todas ellas están referidas a actuaciones del Consejo del Poder Judicial que afectan a los jueces y magistrados.

Los jueces y magistrados disfrutamos de un estatuto constitucional (arts 117 y siguientes de la C. E.) y legal (Ley Orgánica del Poder Judicial) que garantiza nuestra independencia de forma rotunda frente a los otros poderes del Estado. De otra forma no sería posible el ejercicio efectivo de la jurisdicción con su connatural característica de independencia e imparcialidad.

En materia de abstención también los Altos Cargos están sujetos a una legislación muy exigente. Esto es saludable para la salud democrática del sistema y el fortalecimiento del Estado de Derecho (art 1 C.E.).

Ahora bien, por la especial naturaleza del poder judicial, entiendo que no cabe trasladar, de forma mimética, cualquier exigencia propia del estatuto de los jueces y magistrados, a los restantes poderes públicos. Es la propia naturaleza de la función jurisdiccional la que la hace distinta de las otras funciones públicas. En la jurisprudencia estudiada, el Tribunal Supremo admite que cabe la denegación, de plano, de apertura de expediente cuando se cuestionen decisiones tomadas en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ese es un ámbito sagrado de decisión, solo revisable por la vía de los recursos. Pues bien, no cabe duda de que ese supuesto no puede darse jamás en aquellos Altos Cargos que no ejercen la jurisdicción. Así pues, la interpretación que efectúa el Alto Tribunal respecto a las decisiones de archivo de plano del Consejo,

no puede ser trasladable a casos como el presente, sin los debidos matices. Dicho de otra manera, ha de haber otros supuestos en los que también ha de ser posible el archivo de plano, aunque no estén comprometidas las potestades jurisdiccionales.

Pero es que, además, en el caso presente, tampoco existe un archivo de plano sin investigación alguna, sino que existieron actuaciones previas.

FUNDAMENTO JURÍDICO QUINTO.- Entramos así en la segunda parte de la cuestión debatida. Sostengo que las actuaciones practicadas son suficientes y entran dentro de lo exigido por los preceptos que la sentencia mayoritaria -y el magistrado que suscribe- entiende de aplicación. Podría considerarse que -quizás- en sentido formal no sean diligencias de investigación, pero sí entiendo que lo son en sentido material. Y desde luego pueden encuadrarse en lo que el artículo 12 del reglamento citado califica como "actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación".

En efecto, tras recibirse la denuncia se acordó practicar una actuación previa para determinar si concurrían causas de inhibición o abstención (véase el folio 25 del expediente). Como vimos más arriba, ni la norma, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo determinan cuales han de ser, en cada caso, esas concretas actuaciones previas. Y, añadido, esas actuaciones habrán de ser las que, en cada caso resulten precisas y proporcionadas. Y es que como declara el Tribunal Supremo, véase la primera sentencia citada en este voto, el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE), conlleva la necesidad de evitar actuaciones

gratuitas o innecesarias; y, de otro, el derecho al honor reconocido a todas las personas, incluidas las que forman parte de la Administración de Justicia aconseja evitar actuaciones que puedan comprometer públicamente su buen nombre personal y profesional si no existe para ello la debida justificación. Y, añadido, ese derecho al honor es predicable, también, de las personas que encarnan las más altas instituciones del Estado o de la Comunidad Autónoma.

FUNDAMENTO JURÍDICO SEXTO.- La administración estimó que era preciso un informe, que se solicitó al Inspector General de Servicios. En cumplimiento de lo ordenado, el designado solicitó copia de toda la documentación concerniente a la concesión de un incentivo a la entidad Minas de Aguas Teñidas (folio 27 del expediente). El Director General del área correspondiente de la Consejería de Innovación emite el informe y entre la documentación aportada se encuentra el expediente administrativo completo (todo el procedimiento). A continuación, en el informe se efectúan varias consideraciones sobre diversas cuestiones, pero, en todo caso, resulta evidente, a mi juicio, que el citado informe no es meramente jurídico, sino que comprende unas diligencias de investigación o comprobación.

En efecto, si el informante tiene a la vista el amplio expediente administrativo incoado, es claro que lo ha tenido precisamente para evaluar los hechos que constan en el mismo. Y es a raíz de ese examen de hechos, o dicho de otra manera, a raíz de esas "actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación" (art. 12 del R.D. 1398/1993 del procedimiento sancionador), cuando cobran sentido las valoraciones jurídicas que concluyen en el

informe de la asesoría jurídica, sobre la inexistencia de motivos para la abstención.

Podrá coincidirse o no con las conclusiones del informe, pero creo que no puede negarse que el mismo es consecuencia de unas comprobaciones o investigaciones efectuadas a la vista del expediente; pues para evacuarlo se pidió precisamente toda la documentación del procedimiento, y se tuvo a la vista la misma.

Posteriormente (folios 44 a 49) existe un informe sobre la actuación previa ordenada. En dicho informe existen hasta nueve apartados relativos a los hechos relevantes del procedimiento a los efectos de resolver sobre la procedencia de incoar o no expediente sancionador. Pues bien, a esos hechos se aplican diversas consideraciones jurídicas y se llega a la conclusión final. Insisto: puede discreparse del informe, pero veo difícil negar que el citado informe constituye, en sentido material desde luego, y también en sentido formal, las diligencias que como actuación previa ordenan los artículos 11 a 15 del Reglamento del procedimiento sancionador. Por eso, como dije al principio, estimo que dichos preceptos no han sido vulnerados. Por eso, el recurso no debió prosperar.

FUNDAMENTO JURÍDICO SÉPTIMO.- Y es que, concluyendo, que los citados informes contengan unas importantes consideraciones jurídicas, no excluye que su naturaleza sea también de comprobación, como se deduce de su propio contenido. Dicho de otra manera, hubiera sido imposible establecer conclusiones jurídicas fundadas si no se hubieran tomado en consideración los hechos que constan en el procedimiento, cuyo expediente, como dijimos fue lo primero que se reclamó para la evacuación de aquellos. Por eso

discrepo de la sentencia mayoritaria cuando afirma que la administración se ha limitado a elaborar unos informes jurídicos interpretativos. Existe interpretación jurídica sí, pero la misma se basa, o se funda, en el análisis de los hechos comprobados como actuación previa. Y desde luego no puedo compartir que la única finalidad de los informes fuera exculpar "ab initio" al Alto Cargo. No me corresponde, entiendo, hacer juicios de intenciones.

FUNDAMENTO JURÍDICO OCTAVO.- Con lo expuesto hasta el momento estimo que queda motivada, de forma suficiente, mi posición discrepante. Sin embargo, antes de concluir, por el respeto debido al esfuerzo argumentativo de la sentencia, y por agotar el debate, estimo que es mi deber procesal exponer también mi posición sobre la suficiencia de la motivación del acto o acuerdo impugnado.

La motivación de la resolución impugnada no es, a mi juicio, ni arbitraria ni injustificada. Podemos compartirla o no. Pero no es arbitraria porque tiene una lógica interna y está justificada a la vista de los hechos tomados en consideración y que se deducen del procedimiento.

Una vez superado, como lo está, el test de motivación razonable en la resolución impugnada, entiendo que no es función del Tribunal determinar cual sea la concreta cuestión que debía ser objeto del razonamiento o motivación. Cuestiones como si la Administración tenía, o no, conocimiento de la relación de la hija del Alto Cargo con la empresa beneficiaria de la subvención o sobre la existencia de los poderes de representación, pueden considerarse de mayor o menor calado jurídico a la hora de determinar responsabilidades políticas -que no nos toca dilucidar- pero, estimo, todo ello no empece a que la

motivación que contiene por remisión la resolución impugnada deba ser considerada suficiente, razonable y justificada. Supera, desde luego, los parámetros ordinarios con que la jurisprudencia de los Tribunales viene enjuiciando este requisito en los diversos asuntos que ha de resolver a diario.

Dicho de otra forma, podemos estar de acuerdo, o no, con la concreta motivación utilizada, pero el eventual desacuerdo no puede llevarnos a concluir que la motivación es inexistente o arbitraria.

En conclusión pues, porque la resolución está motivada, porque se practicaron actuaciones previas suficientes, razonables y proporcionadas la caso concreto, y también porque así lo exige un elemental principio de eficacia administrativa y el derecho al honor de las personas, entiendo que el recurso debió ser desestimado.

En Sevilla a trece de enero de 2011

Fdo: Julián Manuel Moreno Retamino.