

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Islas Baleares de 11 de Junio de 2014 (rec.540/2012)

SENTENCIA N° 332

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 11 de junio de 2014. ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D. Fernando Socías Fuster

D<sup>a</sup> Carmen Frigola Castellón

D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos N° 540/2012 dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de D<sup>a</sup>

Rosaura Barbara , en nombre propio y como representante del Grupo Parlamentario Socialista en el Parlament de les Illes Balears , D. Serafin Mateo , en nombre propio y como representante del Grupo Parlamentario PSM-IV-Entesa i Més per Menorca ; D<sup>a</sup> Virtudes Josefa , D<sup>a</sup> Elsa Sara , D. Patricio Cornelio , D. Cayetano Ismael , D<sup>a</sup> Nuria Herminia , D. Borja Casiano , D<sup>a</sup> Carmela Coro , D<sup>a</sup> Carmela Veronica , D. Marino Gustavo , D<sup>a</sup> Pura Hortensia , D. Porfirio Pascual , D. Anselmo Mariano , D. Jorge Eusebio , D. Rosendo Horacio , D<sup>a</sup> Barbara Herminia , D. Justiniano Aurelio , D. Justino Fermin , D<sup>a</sup> Aurelia Maria , D. Bernarda Herminia y D. Bernardo Justo , representados por el Procurador D. Gabriel Tomás Gili y asistidos del Letrado D. José Luis Martín Peregrín; y como Administración demandada la de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ILLES BALEARS representada y asistida de su Abogado; siendo parte codemandada D. Cayetano Julian representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Teresa Blanco Fernández y asistido de la Letrada D<sup>a</sup> Marina Sáenz Iturri.

Constituye el objeto del recurso el acuerdo del Consell de Govern de les Illes Balears, de fecha 19 de octubre de 2012, por el que se archivan las actuaciones previas de carácter reservados iniciadas en relación a presuntos motivos de incompatibilidad del Sr. Cayetano Julian en el cargo de Presidente de Illes Balears.

La cuantía se fijó en indeterminada

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . Interpuesto el recurso en fecha 7 de diciembre de 2012, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO . Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en fecha 24 de julio de 2013, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico, el acto administrativo impugnado y que se reconozcan los siguientes extremos:

"1.- Que se declare no ajustado a derecho el acuerdo del Consell de Govern de 19 de octubre de 2012, notificado a los recurrentes el día 15 de noviembre de 2012, por el que se archivan las actuaciones previas de carácter reservado iniciadas en relación a presuntos motivos de incompatibilidad de D. Cayetano Julian , en el ejercicio del cargo de Presidente de les Illes Balears.

2°.- Que procede declarar la incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Presidente de les Illes Balears de D. Cayetano Julian , al encontrarse afectado por la imposibilidad de ocupar y ejercer dicha función, al encontrarse en manifiesto incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 2/1996 de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears.

3°.-. Que reconocida y proclamada dicha incompatibilidad, D. Cayetano Julian debe cesar de inmediato como Presidente del Govern

de les Illes Balears, con pleno restablecimiento de la legalidad conculcada.

4°.- Que se condena a la parte demandada, en un plazo no superior a un mes, a realizar cuantos actos fueren necesarios para el definitivo y efectivo cumplimiento de las anteriores declaraciones, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada, o aquellos que se hubieren opuesto a la demanda."

TERCERO. Conferido traslado a la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears para que contestase a la demanda, en fecha 30 de agosto de 2013 -dentro del plazo de los primeros cinco días para contestar- presentó escrito de alegaciones previas invocando la inadmisibilidad del recurso por haberse interpuesto por personas no legitimadas ( art. 69,b LRJCA ).

CUARTO. Dichas alegaciones previas fueron resueltas -en sentido desestimatorio- por auto de esta Sala de fecha 17 de octubre de 2013 , pasando a continuación a contestarse la demanda por la representación de la CAIB que interesó la desestimación de la demanda.

QUINTO. Conferido traslado a la representación procesal del codemandado D. Cayetano Julian para que contestase a la demanda, en fecha 20 de noviembre de 2013 -dentro del plazo de los primeros cinco días para contestar- presentó escrito de alegaciones previas invocando la inadmisibilidad del recurso por haberse interpuesto por personas no legitimadas ( art.69.b LRJCA ).

SEXTO. Dichas alegaciones previas fueron resueltas -en sentido desestimatorio- por auto de esta Sala de fecha 2 de diciembre de 2013 ,

pasando a continuación a contestarse la demanda por la representación del codemandado, que interesó la desestimación de la demanda.

SÉPTIMO. - Recibido el pleito a prueba mediante auto de 23 de enero de 2014, se admitió parcialmente la propuesta, con el resultado que obra en autos.

QUINTO. - Declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 10 de junio de 2014.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO . PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA.

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa destacar:

1º) D. Cayetano Julian es Presidente de Illes Balears habiendo tomado posesión del cargo el 18 de junio de 2011.

2º) El Sr. Cayetano Julian era titular de una Oficina de Farmacia en el municipio de Marratxí con anterioridad a la toma de posesión del cargo, manteniendo después -y ahora- dicha propiedad.

Con anterioridad a dicha toma posesión, solicitó de la Consejería de Salud el nombramiento de un sustituto para que asumiera las funciones y responsabilidades del titular ( art. 11.3º de la Ley 7/1998,

de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de Illes Balears ), siendo nombrado sustituto.

3º) El Sr. Cayetano Julian era, y es, titular de participaciones societarias de la empresa GUITARD POCH JOSE ANTONIO 00000686071 SLNE y, a la toma de posesión como Presidente de Illes Balears era administrador mancomunado de la citada sociedad. En fecha 9 de julio de 2011 renunció al cargo de administrador de la sociedad en Junta General Universal, siendo elevado a público dicho acuerdo en escritura de fecha 28 de abril de 2012.

La titularidad de dichas participaciones fue comunicada el 22 de julio de 2011 al Registro de Patrimonio, regulado en el Decreto 250/1999 de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

No fue comunicada en este Registro, ni en el de Intereses y Actividades, la anterior condición de administrador, que ya no ostentaba desde el día 9 anterior.

4º) El Sr. Cayetano Julian era, y es, titular del 100% de las participaciones de la sociedad unipersonal BAUSER INTERNATIONAL 2001 SLU, y a la toma de posesión como Presidente de Illes Balears era administrador único de dicha sociedad. Situación que mantuvo hasta el día 30 de abril de 2012, en la que por decisión de la Junta Universal se nombra administradora de la sociedad a la esposa del Sr. Cayetano Julian .

Sólo comunicó en el Registro de Patrimonio, la titularidad de las participaciones societarias, pero no su condición de administrador único.

5º) D<sup>a</sup> Rosaura Barbara , en su condición de portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en el Parlament de les Illes Balears, presenta en fecha 7 de mayo de 2012 un escrito dirigido al Consell de Govern de les Illes Balears en el que se solicitará:

" 1. El Consell de Govern constata que Don. Cayetano Julian és incompatible per exercir el càrrec de president de les Illes Balears si manté la situació actual de Administrador de dues empreses privades (la vinoteca DIVINO i BAUSER SL) com també titular d'una oficina de farmàcia en el terme municipal de Marratxí, en aquest darrer cas atesa la doctrina fixada per la Sentència núm. 956, de 16 de novembre de 2007, de la Sala Contenciosa Administrativa, del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears.

2. El Govern de les Illes Balears, com a màxim òrgan de govern i responsable de vetllar per la defensa dels drets i interessos dels ciutadans, incoa expedient informatiu sobre els fets exposats en el cos d'aquest escrit, relacionats amb la condició d'Administrador, apoderat i/o soci de les entitats Vinoteca DIVINO i BAUSER SL, per part del president Cayetano Julian , com també en relació als fet que envolten el nomenament ; posterior cessament del Sr. Arsenio Teodosio com a gerent de IB3, i encomana la instrucció del expedient a la Oficina d'Avaluació Pública de les Illes Balears.

3. El Govern de les Illes Balears, entén que s'han d'estendre els efectes de la Sentència núm. 956, de 16 de novembre de 2007, de la Sala Contenciosa Administrativa, del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears a l'exercici del càrrec de president de les Illes Balears,

amb totes les conseqüències que se'n derivin, en compliment de la Llei 2/1996, de 19 de novembre, que regula el règim d'incompatibilitats dels membres del Govern i d'alts càrrecs de la Comunitat Autònoma i de la resta de l'ordenament jurídic

4. El Govern de les Illes Balears acorda posar immediatament en funcionament la Oficina d'Avaluació Pública de les Illes Balears, creada mitjançant la Llei 4/2011, de 31 de març, de la bona administració i del bon govern de les Illes Balears, amb la finalitat que emeti informe amb proposta de resolució sobre la incompatibilitat del president i el conflicte d'interessos que, d'acord amb els fets constatats es pot haver produït, amb proposta de les mesures adients, inclosa, si escau, la comunicació a la fiscalia en cas que hi hagi indicis de comissió d'il·lícits penals."

6º) D. Serafin Mateo y Dª Carmela Coro , portavoz y portavoz adjunta del Grupo Parlamentario PSM-INICIATIVAVERDES-ENTESA I MES PER MENORCA, presentan en fecha 18 de junio de 2012 un escrito dirigido al Consejero de Presidencia en el que se solicitará:

"Que l'òrgan competent, en principi, el Consell de Govern (article 20 de la Llei 2/1996) iniciï procediment sancionador contra el Sr. Cayetano Julian per les infraccions comeses en la declaració al Registre d'interessos i activitats i en el règim d'incompatibilitats dels membres del Govern i dels alts càrrecs de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears"

7º) En fecha 8 y 22 de junio de 2012, el Consell de Govern acuerda iniciar actuaciones previas de carácter reservado en relación a los hechos expuestos, y;



8º) Instruido el expediente, el Consell de Govern en sesión de 19 de octubre de 2012, acuerda " archivar las actuaciones previas de carácter reservado, ...en relación a presuntos motivos de incompatibilidad Don. Cayetano Julian en el cargo de Presidente de Illes Balears, toda vez que de las actuaciones realizadas se aprecia que el Sr. Cayetano Julian , ha actuado conforme a los artículos 12 y 13 de la Ley 2/1996 , d 19 de noviembre, de incompatibilidades de miembros del Gobierno y de altos cargos de la Comunidad Autónoma de Illes Balears y al art. 7 del Decreto 250/1999, de 3 de diciembre , por el que se aprueba su Reglamento y al art. 11 de la Ley 7/1998, de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de Illes Balears "

Contra esta resolución se interpone el presente recurso jurisdiccional en el que se interesará la anulación del acto y que esta Sala " declare la incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Presidente de les Illes Balears de D. Cayetano Julian " . A continuación se pedirá que como consecuencia de ello, " debe cesar de inmediato como Presidente del Govern de les Illes Balears, con pleno restablecimiento de la legalidad conculcada" y que se condene a la administración demandada "a realizar cuantos actos fueren necesarios para el definitivo y efectivo cumplimiento de las anteriores declaraciones, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada, o aquellos que se hubieren opuesto a la demanda."

Esta pretensión de la demanda se fundamenta -en síntesis- en los siguientes argumentos:

1º) De conformidad con los arts 4.1 º y 5.1º de la Ley 2/1996, de 19 de noviembre , de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, el Presidente de Illes Balears, "ejerce sus funciones en régimen de dedicación absoluta y exclusiva, y no podrá compatibilizarlas con el desempeño, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, de

cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado por cuenta propia o ajena" (art. 4.1º) y por ello no puede ejercer, ni por sí ni mediante sustitución, ninguna otra actividad o función profesional, mercantil, industrial o laboral, pública o privada, por cuenta propia o ajena, que sea retribuida mediante sueldo, arancel, honorarios, comisión, compensación o de cualquier otra manera, exceptuando las autorizadas expresamente en este título de la Ley (art. 5.1º). Preceptos que los recurrentes entienden vulnerados con el mantenimiento de la propiedad de la oficina de farmacia y con la propiedad de participaciones sociales y administración de las dos sociedades mercantiles indicadas.

2º) Que este mismo Tribunal, en sentencia N° 956 de fecha 16 de noviembre de 2007 , y para supuesto sustancialmente idéntico que afectaba a la entonces Consellera de Sanidad y Consumo, ya apreció la incompatibilidad entre este cargo público y la titularidad de una oficina de farmacia, aunque -como aquí- mediase nombramiento de sustituto.

3º) Que el Sr. Cayetano Julian , como Presidente del Govern, le corresponde dirigir y coordinar la acción de gobierno y designar la persona que asumirá el área de salud y la dirección de la política sanitaria, lo que sin duda afectará al funcionamiento de la farmacia de la que es propietario, comprometiendo así a su objetividad e imparcialidad en el desempeño del cargo público.

4º) Que la titularidad plena de la empresa BAUSER INTERNATIONAL 2001 SLU, así como su participación social en la empresa GUITARD POCH JOSE ANTONIO 00000686071 SLNE es incompatible con el cargo de Presidente de Illes Balears, por constituir actividad comercial o empresarial incompatible conforme al ya citado art. 4.1 de la Ley 2/1996 .

La Administración demandada y el codemandado Sr. Cayetano Julian se oponen a la demanda, argumentando:

1º) Que debe reiterarse la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa en los recurrentes ( art. 69,b LRJCA ) que ya se invocó en fase de alegaciones previas. Se reitera que sólo pueden interponer recurso contencioso-administrativo, las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo ( art. 19.1.a LRJCA ) y los recurrentes no estarían legitimados para impugnar una resolución de archivo de las actuaciones previas de carácter reservado, en aplicación de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual los denunciante carecen de legitimación para impugnar judicialmente los acuerdos de archivo de las denuncias o quejas que tenían por objeto la incoación de procedimiento sancionador o disciplinario.

2º) En cuanto al fondo, que la titularidad de una oficina de farmacia no es incompatible con el cargo público, toda vez que el art. 7,a de la Ley 2/1996 ya precisa que el ejercicio de los cargos o de los puestos de trabajo a que se refiere esta Ley será compatible, siempre que éste no comprometa la imparcialidad o la independencia en sus funciones, con las siguientes actividades privadas: a) las de mera administración del patrimonio personal o familiar.

La propiedad de una farmacia, para la que se ha nombrado sustituto que asume las funciones y responsabilidades del titular, la convierte en simple patrimonio personal, compatible con cargo público.

3º) Que el art. 4.2º de la Ley 2/1996 de incompatibilidades, y en relación a la titularidad de participaciones en empresas mercantiles, aprecia incompatibilidad cuando la participación es superior al 10%

del capital social y dichas empresas " tengan contratos, conciertos o convenios, ya sean de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, con la Administración pública autonómica o entidades vinculadas o dependientes de la misma ", no concurriendo la circunstancia de que las dos empresas mencionadas por la parte recurrente, hayan tenido contrato, concierto o convenio con la Administración de la CAIB.

4º) Que con respecto al cargo de administrador mancomunado de la sociedad empresa GUITARD POCH JOSE ANTONIO 00000686071 SLNE, se cesó en fecha 9 de julio de 2011, antes de la declaración de actividades el 22 de julio de 2011.

5º) Que con respecto al cargo de administrador único de la sociedad BAUSER INTERNATIONAL 2001 SLU, no es sino actividad de gestor de patrimonio personal por cuanto dicha empresa no es sino una sociedad patrimonial cuya única actividad es la gestión y administración de su patrimonio inmobiliario mediante arrendamiento.

## SEGUNDO. ACERCA DE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR FALTA DELEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS RECURRENTES.

La cuestión ya ha sido tratada con amplitud en los autos de fechas 17 de octubre y 2 de diciembre de 2013 , en los que la Sala, por mayoría, acordó rechazar las "alegaciones previas" de inadmisibilidad, por lo que no cabe sino reproducir en gran medida lo que se argumentó entonces.

Lo que se reitera en los escritos de contestación a la demanda no vendría a alterar lo ya valorado entonces.

En cualquier caso, procede resolver conforme al siguiente esquema argumental:

A) PLANTEAMIENTO DE LA CAUSA DE INADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

La administración demandada y el codemandado invocan que los parlamentarios recurrentes no estarían legitimados para impugnar el acuerdo del Consejo de Gobierno, de fecha 19 de octubre de 2012, por el que se archivan las actuaciones previas de carácter reservado iniciadas en relación a presuntos motivos de incompatibilidad del Sr. D. Cayetano Julian en el cargo de Presidente de las Illes Balears, señalados en su día por la Sra. Rosaura Barbara , el Sr. Serafin Mateo y la Sra. Carmela Coro en escritos presentados el 7 de mayo de 2012 y 18 de junio de 2012.

Se argumenta que sólo pueden interponer recurso contencioso-administrativo, las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo ( art. 19.1.a LRJCA ) y los recurrentes no estarían legitimados para impugnar una resolución de archivo de las actuaciones previas de carácter reservado, en aplicación de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual los denunciante carecen de legitimación para impugnar judicialmente los acuerdos de archivo de las denuncias o quejas que tenían por objeto la incoación de procedimiento sancionador.

Se indica que la doctrina jurisprudencial, ampliamente desarrollada con respecto a la legitimación de los denunciante para impugnar los acuerdos de archivo de sus denuncias contra jueces y magistrados dictados por el Consejo General del Poder Judicial ( sentencias 23 de diciembre de 2008 , 4 de octubre de 2010 y 2 de

noviembre de 2010, entre otras), se ha extendido por el Tribunal Supremo al supuesto en que la denuncia lo es frente a Presidente de Comunidad Autónoma y por vulneración de la respectiva Ley autonómica de Incompatibilidades de Altos Cargos. Así resultaría de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 (rec. 902/2011 ) que declaró inadmisibile por falta de legitimación activa el recurso contencioso- administrativo interpuesto por unos parlamentarios del Parlamento de Andalucía que habían denunciado ante el Consejo de Gobierno de la Junta que su Presidente incumplió el deber de inhibición contemplado en la Ley andaluza 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos y en relación a un concreto acuerdo del Consejo de Gobierno de dicha Junta. En el supuesto indicado -como aquí- a la denuncia le siguieron actuaciones previas que fueron archivadas. Interpuesto recurso jurisdiccional frente a este archivo, el TSJ de Andalucía no apreció falta de legitimación en los parlamentarios denunciantes pero, como destaca la administración demandada, dicho criterio fue revocado en casación por el Tribunal Supremo que en la citada sentencia apreció la falta de legitimación de los parlamentarios para pretender por vía judicial la incoación de procedimiento sancionador.

#### B) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LA LEGITIMACIÓN DE LOS DENUNCIANTES PARA RECLAMAR JUDICIALMENTE LA INCOACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

Esta doctrina del Tribunal Supremo se ha consolidado en referencia a la legitimación de los denunciantes para impugnar los acuerdos de archivo de sus denuncias contra jueces y magistrados dictados por el Consejo General del Poder Judicial.

Como se destaca en la STS de 11 de mayo de 2011 , debe diferenciarse entre: "(a) reconocer a dichos denunciantes legitimación para reclamar del Consejo que desarrolle la actividad investigadora

que razonablemente resulte necesaria y conveniente para constatar la realidad de esas disfunciones y, en su caso, las causas que las hayan provocado; y (b) negar esa legitimación cuando lo pretendido sea que la actividad investigadora finalice necesariamente con una respuesta sancionadora, pues esa eventual sanción no produciría ningún efecto favorable en la esfera jurídica de tales denunciantes ."

Así pues, cuando las actuaciones de investigación previas a posible incoación de expediente sancionador, han sido completas y suficientes, resulta que "...la única pretensión de que se continúe o complete la actividad investigadora resulta injustificada (por constar ya todas las circunstancias que resultaban relevantes para calificar y valorar el retraso denunciado); y la actual recurrente carece de legitimación para instar la revisión de esa calificación que el Consejo ha atribuido a los hechos comprobados para negarles significación disciplinaria " (de la sentencia de 11.05.2011 ).

La STS de 29 de abril de 2011 reitera que " Al respecto ha de recordarse que esta Sala, entre otras, en sentencias de 17 de febrero de 2009 (recurso 98/06 ) ; 26 de febrero de 2009 (recurso 4/08 ) ; de 30 de junio de 2009 (rec. 411/07 ) ; 16 de julio de 2009 (rec. 291/06 ) ; 5 y 14 de octubre de 2009 ( rec. 199/08 y 274/06 , respectivamente) 16 de diciembre de 2009 (rec. 500/08 ) y 2 de noviembre de 2010 (rec. 80/2010 ), que recogen la doctrina sobre legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa, ha venido admitiendo dicha legitimación 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 de oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de atribuciones de dicho Consejo General ."

En definitiva, el denunciante sólo puede pretender que se desarrolle la actividad investigadora previa que razonablemente

resulte necesaria, pero si a estas actuaciones previas suficientes le sigue la decisión administrativa de archivo, el denunciante no está legitimado para pretender en vía jurisdiccional la incoación de procedimiento disciplinario, y menos para exigir la imposición de determinada respuesta sancionadora.

Ya se ha dicho que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de septiembre de 2011 , ha extendido esta doctrina a un supuesto notablemente similar al que nos ocupa por cuanto en aquel caso también unos parlamentarios denunciaban que el Presidente autonómico había infringido la respectiva Ley de Incompatibilidades.

La condición de parlamentarios en los denunciantes y su invocada obligación de controlar la acción del Consejo de Gobierno y de exigirle respeto a las Leyes, y en particular la que establece las incompatibilidades de sus altos cargos, no hace modificar al TS el reiterado criterio jurisprudencial sobre la legitimación.

Indica en este punto la citada sentencia:

"Ciertamente, al Parlamento de Andalucía corresponde, entre otras funciones, la de controlar al Consejo de Gobierno (artículo 106.3º del Estatuto de Autonomía). Por eso, tienen razón los Sres. ...cuando nos recuerdan su obligación de ejercer ese control. También la tienen cuando recuerdan que tal obligación está estrechamente vinculada a la representación del pueblo andaluz que ostentan en su conjunto los miembros de esa asamblea legislativa (artículo 100.1 del Estatuto). Y, si bien tal función no es exclusiva de ellos, cobra más fuerza para los diputados de la oposición ya que la fiscalización que ejercen no sólo supone un límite a la mayoría gobernante sino que, además, permite trasladar a la opinión pública las alternativas que preconiza y, de ese modo, dar razones a los ciudadanos para que le den su apoyo en las



siguientes elecciones. En tanto, la democracia se distingue por ser una forma política que garantiza la existencia de la oposición, el cometido de los parlamentarios que la integran es decisivo.

Para llevarlo a cabo el ordenamiento constitucional y estatutario y los reglamentos de las asambleas legislativas les confieren unos instrumentos específicos y, también, unas garantías concretas que preservan su posición para asegurarles la autonomía que precisan en el desempeño sin cortapisas de esa función esencial. Tal atribución no se extiende, sin embargo, a la legitimación para actuar en el proceso contencioso-administrativo. La condición de parlamentario no es un plus que permita gozar de ella a falta de un derecho o interés legítimo que se vea vulnerado por la actuación administrativa. Su control sobre los gobernantes lo han de ejercer ellos mismos directamente con los medios que tienen reconocidos en el seno de las relaciones entre el Parlamento y el Consejo de Gobierno o ante la opinión pública, pero no se prolonga al o implica el control judicial. Este último cometido exclusivo de los tribunales y solamente se activa cuando se cumplen los requisitos establecidos en las leyes procesales. Es decir, cuando, en lo que ahora importa, un sujeto legitimado, o sea portador de un derecho o interés legítimos afectado, interpone en plazo, un recurso contra una actuación susceptible de impugnación que considera contraria al ordenamiento jurídico y pide al órgano judicial competente la tutela que la Constitución le reconoce."

#### C) LAS POSIBLES MEDIDAS DE CONTROL DE LAS SITUACIONES DE INCOMPATIBILIDAD EN LA LEY BALEAR 2/1996, DE 19 DE NOVIEMBRE Y LA POSIBLE INAPLICACIÓN AL CASO DE LA DOCTRINA ANTES ALUDIDA.

A la vista del punto B) anterior, si la única respuesta legalmente posible ante la constatación de una situación de incompatibilidad en un alto cargo lo fuese la incoación de un procedimiento sancionador - precedido del trámite de actuaciones previas-, entonces la aplicación

de la doctrina jurisprudencial ya mencionada anteriormente conduce a la falta de legitimación de los ahora recurrentes para interponer este recurso contencioso-administrativo.

Pero a diferencia de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía -que motivó la STS de 19 de septiembre de 2011 -, la Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sí contempla otras posibles medidas de control ante la constatación de una situación de incompatibilidad. En concreto, en su artículo 14,1<sup>o</sup> prevé que el Consejo de Gobierno (u órgano que se designe reglamentariamente) " será el encargado de examinar y, en su caso, de requerir , a aquellos que sean nombrados o cesados en un cargo o puesto de trabajo de los relacionados en el artículo 2 de esta Ley , el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley ".

Esto es, la Ley balear, tras describir el régimen de actividades compatibles e incompatibles en el Título III, luego dedica el Título IV a las "medios de control" y dentro de éstos contempla la posibilidad del requerimiento al alto cargo para el cumplimiento de las obligaciones, como mecanismo de control distinto y separado del régimen sancionador (Título V).

En definitiva, la respuesta sancionadora no es la única posible , y la del requerimiento es medida perfectamente integrable en el mecanismo de aplicación de la Ley balear 2/1996. A modo de ejemplo, el art. 4,2<sup>o</sup> de la misma contempla que " el nombramiento para un cargo o puesto de trabajo de los referidos en el artículo 2 de esta Ley conllevará, en su caso, la obligatoriedad de deshacerse de las participaciones que se posean, en los términos referidos en el párrafo anterior, en el plazo de un mes a partir del día siguiente al de su nombramiento. Si la participación se adquiriera por sucesión

hereditaria durante el ejercicio del cargo o puesto de trabajo, se tendrá la obligación de desprenderse de la misma en el plazo de tres meses desde su adquisición ", por lo que de constatarse la situación de que un alto cargo tenga participación en empresa que tenga contrato con la Administración autonómica en los términos del párrafo anterior, el requerimiento del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley, es medida de control perfectamente viable y sin perjuicio de la eventual incoación de un procedimiento sancionador, que se mueve en base a parámetros distintos, como en particular la exigencia de dolo o culpa en la actuación del afectado.

La autonomía de la figura del requerimiento como mecanismo de control, queda evidenciada cuando en el art. 15.1.f) de la Ley 2/1996 se contempla como hecho constitutivo de infracción, la no rectificación en la declaración de actividades o bienes, tras el previo requerimiento.

El apartado 2º del citado art. 14 de la Ley 2/1996 contempla que " reglamentariamente se desarrollará el contenido y el alcance de lo que dispone el apartado precedente " -se entiende en relación al modo de " examinar y, en su caso, de requerir " el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley-, pero la falta del desarrollo reglamentario inicialmente previsto para esta concreta medida de control, no determina su inexistencia.

En conclusión, el mecanismo de control previsto específicamente en la Ley balear 2/1996 (el requerimiento), queda fuera del procedimiento sancionador para el que los recurrentes no están legitimados a instar. O lo que es lo mismo: los recurrentes sí están legitimados para instar un mecanismo de control que no supone respuesta sancionadora.

D) EXAMEN DE LO SOLICITADO POR LOS AHORA RECURRENTE.

La Administración demandada parte de la premisa de que lo solicitado por los Grupos Parlamentarios lo fue la petición de incoación de procedimiento sancionador que culminase con la apreciación de incompatibilidad y consiguiente sanción, de modo que no le cabía otro trámite que el de realizar unas actuaciones previas que habían de concluir con uno de los dos únicos pronunciamientos posibles: el de incoación de un expediente sancionador o el de no iniciarlo al no apreciarse circunstancias que lo justifiquen.

No obstante, al margen de que por lo explicado ello no es así, lo relevante es que lo solicitado en primer lugar por la portavoz del Grupo Socialista en vía administrativa es que "El Consell de Govern constati que Don. Cayetano Julian és incompatible per exercir el càrrec de president de les Illes Balears si manté la situació actual de Administrador de dues empreses privades (la vinoteca DIVINO i BAUSER SL) com també de titular d'una oficina de farmàcia en el terme municipal de Marratxí, en aquest darrer cas atesa la doctrina fixada per la Sentència núm. 956, de 16 de novembre de 2007, de la Sala Contenciosa Administrativa, del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears ." Es decir, no se solicita que se incoe expediente disciplinario alguno. Fue la administración de la Comunidad Autónoma la que condujo esta simple petición de constatación de incompatibilidad " si se mantiene la situación actual " a un procedimiento sancionador por entender que era el único cauce procedimental posible.

En fase jurisdiccional, uno de los puntos del suplico de la demanda es que esta Sala declare " la incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Presidente de les Illes Balears de D. Cayetano Julian , al encontrarse afectado por la imposibilidad de ocupar y ejercer dicha función, al encontrarse en manifiesto incumplimiento de las

previsiones contenidas en la Ley 2/1996 de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears", declaración que sí se puede realizar como paso previo necesario para que la Administración acceda a requerir al alto cargo para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley y conforme al art. 14,1º de la Ley 2/1996 .

Obviamente, lo que ya no podrá obtenerse de esta Sala es aquello otro que también se pidió en el suplico de la demanda, como en concreto que se imponga que " D. Cayetano Julian debe cesar de inmediato como Presidente del Govern de les Illes Balears, con pleno restablecimiento de la legalidad conculcada" , ya que ello sólo puede derivar de un procedimiento disciplinario al que los recurrentes no están legitimados para instar, o del incumplimiento de un requerimiento que todavía no se ha producido.

En consecuencia, si el acuerdo impugnado -que valora la existencia/inexistencia de causas de incompatibilidad- podría haber concluido con la apreciación de su existencia y consiguiente requerimiento al Presidente para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley -se entiende deshacerse de las participaciones o titularidad litigiosas, o abandono del cargo-, debe concluirse que el grupo parlamentario socialista podía interesar este acuerdo en vía administrativa y, ante su rechazo por medio del acuerdo de 19 de octubre de 2012, solicitarlo por vía jurisdiccional.

En definitiva, sí apreciamos que los recurrentes disponen de la legitimación que se le niega, aunque con el limitado alcance de sólo poder pretender la declaración de incompatibilidad como paso previo a requerimiento del Título IV, pero nunca para instar procedimiento sancionador del Título V de la Ley 2/2006

E) LA LEGITIMACIÓN PARA PEDIR LA DECLARACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD COMO PREMISA PREVIA AL POSIBLE REQUERIMIENTO.

Descartada la acción pública, al contencioso-administrativo le es de aplicación la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada), de modo que "para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés" ( STC 252/2000 ).

En el caso que nos ocupa entendemos que no se puede negar interés legítimo a parlamentarios del Parlament de les Illes Balears para cuestionar si el Presidente de Illes Balears está incurso o no en causa de incompatibilidad para dicho cargo por la sencilla razón de que son los electores para su nombramiento ( art. 54,1º de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de las Illes Balears ) y, por ello, no les puede ser indiferente lo que se decida acerca de si está o no afectado por causa de incompatibilidad para el cargo en cuyo nombramiento tuvieron que decidir.

En este punto debe hacerse notar un nuevo elemento diferencial con respecto al caso conocido en la repetida sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 (rec. 902/2011 ), ya que en aquel supuesto se invocaba que el Presidente de la Comunidad Autónoma había incurrido en causa de abstención con respecto a un concreto acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se otorgaba una subvención a empresa en la que prestaba sus servicios un familiar del Presidente, por lo que, como indicó el Tribunal Supremo, los parlamentarios denunciadores no estaban legitimados para discutir un

acuerdo sobre subvenciones a empresas, que no les afectaba. Se sobreentiende que la legitimación sería atribuible a las empresas preteridas no subvencionadas o subvencionadas en menor cantidad. Pero en nuestro caso, no se invoca causa de abstención o recusación referida a actuación concreta -que restringe la legitimación a los afectados por esta decisión- sino una causa de incompatibilidad para el desempeño del cargo y, de seguirse el criterio que postulan quienes invocan la causa de inadmisibilidad, al no venir referida la incompatibilidad a actuación concreta, nadie -parlamentarios o no parlamentarios- estaría legitimado para cuestionar judicialmente si el Presidente de la Comunidad Autónoma está o no incurso en causa de incompatibilidad, por lo que bastaría una decisión de su Consejo de Gobierno en sentido negativo, para enterrar para siempre el debate, impidiendo cualquier mecanismo de control, incluso aunque este mecanismo no sea el sancionador.

En definitiva, reiteramos que los parlamentarios recurrentes, en tanto que electores del cargo de Presidente de la Comunidad Autónoma ( art. 54,1º del EAIB), sí ostentan interés legítimo en la cuestión relativa a si dicho Presidente incurre o no en causa de incompatibilidad absoluta para el cargo y, consiguientemente, solicitar la aplicación de un mecanismo de control no sancionador expresamente previsto en la Ley 2/1996, de 19 de noviembre , de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

Por último, es cierto que en la petición administrativa de los portavoces del Grupo Parlamentario PSM- INICIATIVA VERDES-ENTESA i MES PER MENORCA, de fecha 18 de junio de 2012, se interesa que el Consell de Govern " iniciï procediment sancionador contra el Sr. Cayetano Julian per les infraccions comeses en la declaració al Registre d'interessos i activitats i en el règim d'incompatibilitats regulat en la Llei 2/96, de 19 de noviembre " , pero ello no altera que la petición del Grupo Parlamentario Socialista fuese otra. Si lo solicitado en la demanda es distinto de lo solicitado por el

Grupo Parlamentario PSM-IV-EM en vía administrativa, ello es cuestión ajena a la causa de inadmisibilidad que aquí se examina.

Se rechaza así, la pretendida inadmisibilidad del recurso.

TERCERO. LA PROPIEDAD DE UNA OFICINA DE FARMACIA COMO MOTIVO DE INCOMPATIBILIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE MIEMBRO DEL GOBIERNO.

#### A) PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIAS

La Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, proclama ya en su Exposición de Motivos, como principio básico, la incompatibilidad absoluta del desempeño de los cargos o funciones incluidos en el ámbito de la Ley con cualquier otra actividad pública o privada, sea ésta retribuida o no, y posibilitando únicamente el ejercicio de determinadas actividades exceptuadas, que estarán limitadas y tasadas, en razón de que no afecten a la dedicación absoluta a las funciones públicas o a la imparcialidad que las mismas requieren.

Estos principios fundamentales se recogen luego en su art. 3.3º al precisar que:

"3º. El fundamento de la incompatibilidad impuesta como principio general por medio de la presente regulación se encuentra en la necesidad de garantizar que la Administración autonómica, a través de las personas que ejercen sus finalidades desde los puestos de más responsabilidad o trascendencia, sirva con objetividad y plena



imparcialidad los intereses generales. El reflejo más inmediato de ello se concreta en la incompatibilidad más absoluta que evite el desempeño de cualquier actividad ajena que pudiera impedir, dificultar o menoscabar la disponibilidad para cumplir los deberes y funciones propios del cargo o puesto de trabajo o que pudiera comprometer o poner en entredicho la imparcialidad, objetividad e independencia en el desempeño del mismo."

En los arts. 4.1º y 5.1º se concretará el modo en que estos principios entran en juego, al indicar:

Art. 4.1º:

"1. Los miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma, Directores generales, Secretarios generales técnicos y demás titulares de los cargos o puestos de trabajo a los que se refiere el art. 2 de la presente Ley, ejercerán sus funciones en régimen de dedicación absoluta y exclusiva y no podrán compatibilizarlas con el desempeño, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena y, del mismo modo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración que no sea la que corresponde al cargo o puesto de trabajo del que se derive la incompatibilidad proclamada en el art. 2 de esta Ley."

Y el art. Art. 5.1º, ya con más detalle, precisa:

"1. En aplicación directa de los principios generales establecidos en el artículo 3 de esta Ley, los titulares de los cargos y puestos de trabajo a que se refiere el artículo 2 no podrán ejercer, en consonancia con las normas comunes recogidas en el artículo 4.1, ni por sí ni

mediante sustitución o apoderamiento, ninguna otra actividad o función profesional, mercantil, industrial o laboral, pública o privada, por cuenta propia o ajena, que sea retribuida mediante sueldo, arancel, honorarios, comisión, compensación o de cualquier otra manera, exceptuando las autorizadas expresamente en este título de la Ley."

Con respecto a estas actividades que, en principio son incompatibles, pero que están exceptuadas expresamente del régimen de incompatibilidad, el art. 7 (compatibilidad con actividades privadas) precisa que: " El ejercicio de los cargos o de los puestos de trabajo a que se refiere esta Ley será compatible, siempre que éste no comprometa la imparcialidad o la independencia en sus funciones, con las siguientes actividades privadas: a) Las de mera administración del patrimonio personal o familiar"

La regla general de incompatibilidad "para el ejercicio por sí o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena", y su excepción (actividad privada de mera administración del patrimonio personal o familiar) se han de interpretar " en aplicación directa de los principios generales del art. 3 de esta Ley" (Art. 5.1). Ello nos remite al criterio rector de que la incompatibilidad lo es con el desempeño de actividad ajena que:

a) " pudiera impedir, dificultar o menoscabar la disponibilidad para cumplir los deberes y funciones propios del cargo o puesto de trabajo". Se entiende porque este desempeño de actividades externas obligan a una dedicación temporal y material que pueden distraer la disponibilidad y dedicación absoluta al cargo; o,

b) " que pudiera comprometer o poner en entredicho la imparcialidad que las mismas requieren ". Se entiende porque el

ejercicio de las potestades administrativas queda comprometido en su imparcialidad por el desempeño de esta actividad externa.

Así pues, el núcleo de la cuestión litigiosa se centra en determinar si la propiedad de una oficina de farmacia, supone mero patrimonio personal o familiar cuya administración es, o no, incompatible con la de miembro del gobierno y para ello deberá valorarse si la titularidad de una oficina de farmacia, para el que se ha nombrado sustituto que ejerce las funciones del titular, menoscaba la disponibilidad para cumplir los deberes y funciones propios de Presidente de Illes Balears y, deberá valorarse también, si dicha titularidad compromete la imparcialidad del Sr. Cayetano Julian en sus funciones de Presidente.

#### B) LA COMPATIBILIDAD CON ACTIVIDAD MERCANTIL O INDUSTRIAL INTEGRADA EN EL PATRIMONIO PERSONAL O FAMILIAR.

No ofrece dudas que la titularidad de un patrimonio inmobiliario generador de rentas, constituye supuesto típico de patrimonio personal o familiar compatible con cargo público.

Las dudas se introducen en el supuesto en que la titularidad lo sea de una actividad empresarial o comercial, toda vez que la regla general ya enunciada es la de imposible ejercicio - por sí o por sustitución- de cualquier actividad mercantil o industrial.

La introducción de la titularidad de empresa como supuesto de patrimonio personal o familiar exceptuado de la regla general, es admitida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero con limitaciones. En concreto, la Sala 5º del Tribunal Supremo ha

conformado un cuerpo de doctrina -asumido por la Sala 3º (véase STS Sala 3ª de 30 de abril de 2013 )-, conforme al cual "en orden a la calificación de las actividades desarrolladas como de administración del propio patrimonio personal y familiar --calificación que comportaría que quedaran aquellas, exceptuadas del régimen de incompatibilidades según lo previsto en los artículos 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y 15 del Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero -- ha de distinguirse "entre las actividades de mantenimiento y conservación de bienes y recursos ya integrados en el patrimonio del titular, encuadrables propiamente en la administración o gestión de lo que ya es propio", y "aquellas en que la inicial inversión va acompañada de trabajos, gestiones o actividades laborales, mercantiles o industriales, encaminados no al mantenimiento o conservación de bienes o recursos ya integrados en el patrimonio del propio titular, sino que tienden a su creación, incremento o multiplicación a base de alguna forma de ocupación en la empresa de que se trate" .

Es decir, la titularidad y administración de una empresa sí puede formar parte del patrimonio personal o familiar que no deriva en incompatibilidad, siempre que en el mismo no se realice más actividad de administración que la simple gestión de lo que ya es propio, sin una implicación u ocupación en la empresa en modo que exceda de la mera conservación de una empresa -obviamente generadora de recursos- ya integrada en el patrimonio personal.

Este reiterado criterio jurisprudencial ( STs. 10.01.2002 ; 17.01.2003 , 04.07.2008 , 14 y 21.09.2009 entre otras muchas) es de plena aplicación al caso que nos ocupa por cuanto la excepción del régimen de incompatibilidades por "administración de patrimonio personal o familiar", es dicción que se repite en idénticos términos en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, objeto de interpretación en las referidas sentencias; o en Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del

Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Con la doctrina jurisprudencial expresada, se desvirtúa el argumento de la parte recurrente con respecto a que debe atenderse a los criterios del derecho tributario para la distinción entre los rendimientos patrimoniales de los derivados de actividad empresarial. Conforme a la indicada jurisprudencia, los rendimientos de las empresas propias -con determinadas limitaciones- sí pueden configurar patrimonio personal a efectos del régimen de incompatibilidad para el desempeño de cargos y funciones públicas.

C) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA ANTERIOR AL CASO QUE NOS OCUPA.

Admitido así que un patrimonio empresarial o comercial sí puede integrarse en la excepción del patrimonio personal o familiar cuya mera administración no es incompatible con el cargo público, procede examinar ahora si la titularidad de una oficina de farmacia constituye supuesto exceptuado.

Entendemos que la propiedad de la oficina de farmacia no es incompatible por las siguientes razones:

1ª) Por la propia peculiaridad y singularidad de la actividad comercial farmacéutica que, por referirse a establecimiento sanitario privado de interés público, está sujeta a fuertes mecanismos de control e intervención administrativa que impiden actuaciones de " creación, incremento o multiplicación" de la actividad empresarial. No se pueden abrir sucursales o nuevas oficinas de farmacia por el mismo farmacéutico ( art. 8,2º de Ley 7/1998, de 12 de noviembre, de

Ordenación Farmacéutica de las Islas Baleares ). La actividad comercial que se puede realizar en ellas está limitada ( arts. 5 y 7 de la citada Ley ). El horario de la actividad comercial está sujeto a prescripciones legales y la posible ampliación horaria debe ser comunicada a la Administración (art. 15). No se podrá realizar ningún tipo de publicidad o promoción, directa y indirecta de las oficinas de farmacia, con excepción de los envoltorios y envases para productos dispensado en las mismas (art. 16). La movilidad física de la propia oficina a otro punto geográfico está limitada a la misma zona farmacéutica y sólo se permite en determinadas condiciones (art. 18)

En definitiva, la propiedad de la farmacia, como actividad comercial sujeta a importantes restricciones y límites, ya comporta de por sí que sobre la misma no se puedan proyectar actividades de gestión tendentes a la " creación, incremento o multiplicación" de la actividad empresarial que, conforme a la jurisprudencia enunciada, serían incompatibles. Su titularidad, no permite más actividad que la simple gestión de lo que ya es propio.

2ª) Cuando, de conformidad con la indicada Ley 7/1988, el propietario-titular nombra un farmacéutico sustituto, el titular abandona el ejercicio efectivo de la actividad profesional farmacéutica y será el sustituto quien " tendrá las mismas funciones y responsabilidades profesionales que el titular " (Art. 11.3º), por lo que es dicho sustituto el que asume la gestión de la actividad profesional, desplazando al propietario en el ejercicio de aquella profesión o actividad.

Es decir, si en el punto anterior admitíamos que la simple titularidad de una farmacia no comportaba más actividad que la simple gestión de lo que ya es propio, el nombramiento de sustituto que por Ley asume sus funciones y responsabilidades, se traduce en que el propietario/titular incluso queda separado de dicha gestión, de modo

que sólo percibe los rendimientos económicos del elemento patrimonial propio gestionado por tercero.

La sentencia del TS de 29/3/1995 (Ponente Sr. Martí García) destaca las notas de provisionalidad y temporalidad que caracterizan a la figura del farmacéutico sustituto, que no tiene vocación indefinida, radicando su esencia en la necesidad de superar una causa de situación transitoria que justifica que ese profesional se coloque al frente de la responsabilidad de esa oficina de farmacia.

Conforme al art. 8-3 de la Ley 7/1998 de Ordenación farmacéutica de Illes Balears, el titular o cotitulares de una farmacia son los responsables de que en la farmacia correspondiente se desarrollen todas la funciones enumeradas en los artículos 5 y 7 de la citada Ley . Y contempla para el farmacéutico regente y para el farmacéutico sustituto las mismas exactas competencias que ostenta el farmacéutico titular.

Cuando se está en presencia de una regencia de farmacia, o de un farmacéutico sustituto, el régimen de responsabilidad en el ejercicio de su actividad recae sobre esos profesionales, pues así lo señalan expresamente los artículos 9-1 y 11-3 de esa Ley para los casos del farmacéutico regente y sustituto respectivamente.

De ahí se infiere que el ejercicio de la actividad de farmacia está directamente relacionada con el régimen de responsabilidad que la ley atribuye a quien ejerce esa función o actividad profesional. Por lo tanto quien ostenta una titularidad de oficina de farmacia en la que por causa de dedicación exclusiva a la política y ejercer un alto cargo, tiene al frente de esa oficina a un farmacéutico sustituto durante el tiempo en que se dedique a la vida pública, no puede considerarse que ejerza esa actividad por medio de sustituto, porque la actividad y la

responsabilidad derivada del ejercicio de esa profesión farmacéutica la tiene, la ostenta y la ejerce exclusivamente el farmacéutico sustituto durante el tiempo en que lo sea. Dicho de otra forma, durante ese tiempo transitorio, la responsabilidad de la actividad farmacéutica de esa oficina de farmacia, recae en la figura del farmacéutico sustituto.

Lo que la ley de Incompatibilidades pretende es que no se ejerzan dos actividades distintas. Pero si quien asume la gestión de esa actividad y ostenta totalmente la responsabilidad de sus actos es ese farmacéutico sustituto, no existe ejercicio de la actividad por el titular de la oficina, ni directa ni indirectamente a través de sustituto, que es lo que la ley prohíbe con carácter general, y durante ese tiempo solamente existe para el titular la conservación de un patrimonio y su administración y disfrute, lo que no está prohibido ni vedado por la Ley de Incompatibilidades. Todo ello, salvo prueba en contrario, que acreditara y justificara que, efectivamente, el Sr. Cayetano Julian adoptara decisiones y realizara funciones en el quehacer y gestión diaria de esa oficina de farmacia, lo que en absoluto se ha probado a lo largo de este debate.

En consecuencia no puede admitirse que esta figura suponga para el titular de farmacia la causa de incompatibilidad prevista en el artículo 5-1º de la Ley 2/1996 de Incompatibilidades , porque lo que esa Ley prohíbe es el ejercicio de dos actividades distintas ejercidas de forma directa o indirecta, lo que en absoluto puede darse en el supuesto que analizamos, porque el farmacéutico sustituto libera de toda responsabilidad profesional al titular en el ejercicio de la actividad profesional farmacéutica de la oficina de farmacia de la que es propietario y de la que transitoriamente está exonerado de ejercer sus funciones propias que la ley le exige.

Así pues, no es tanto que el propietario la gestione por medio de otro, como que el farmacéutico sustituto, por asumir las funciones y responsabilidades profesionales del titular, desplace a éste en el



desempeño de la actividad comercial, de modo que el titular se limita a percibir la rentabilidad económica de empresa administrada por otro.

3ª) El art. 11.1º de la mencionada Ley 7/1998 prevé expresamente que uno de los supuestos que determinan el nombramiento de farmacéutico sustituto lo sea porque el titular accede a cargo público. Concretamente dispone que "1 . La consejería competente en materia de salud deberá nombrar un farmacéutico sustituto, después de solicitarlo el titular de la farmacia, en los supuestos en que concurran en el farmacéutico titular o regente circunstancias de carácter excepcional y limitadas en el tiempo, tales como ...., ocupación de cargo público o de los órganos de gobierno de la corporación colegial farmacéutica, ... "

El precepto, aunque destinado a garantizar la correcta prestación farmacéutica, sería inútil e inaplicable si la ocupación de cargo público por titular de farmacia no fuese posible por la incompatibilidad que se denuncia en la demanda. Es decir, la Ley habría previsto un supuesto imposible, ya que, según la tesis de la parte demandante, la titularidad de farmacia no es subsumible en la administración de patrimonio personal o familiar y por tanto nunca podrá ocupar cargo público.

Ya se tratase de alto cargo o simple funcionario público, porque la dicción legal es la misma.

4ª) El art. 3.3º y 4.1º de la Ley balear 2/1996 de Incompatibilidades lo que prohíbe al alto cargo es el "desempeño" de una segunda actividad en el sector público o privado. Y la simple titularidad de una empresa no implica necesariamente desempeño o ejercicio de la misma.

No puede asimilarse sin más, propiedad de un establecimiento comercial, con ejercicio de actividad comercial. La sentencia del TS de 25 de enero de 2011 (Sala 5ª) en rec. 67/2010 y para un supuesto de incompatibilidad con funciones públicas, lo expresa con claridad: " La titularidad de un establecimiento comercial no tiene por sí la condición de actividad. Porque la persona sea titular de un establecimiento comercial no realiza actividad alguna; en consecuencia, ninguna cuyo ejercicio requiera el previo reconocimiento de compatibilidad. El hecho de ser titular de un bien no equivale al ejercicio de ninguna actividad". Para el caso de la sentencia citada, se valoró que la existencia de persona contratada que controla y ejerce el negocio, excluye la incompatibilidad.

Repetimos: lo que la Ley prohíbe es el desempeño o ejercicio de una segunda actividad y la simple titularidad o propiedad, no lo es necesariamente. Y en concreto no lo es cuando, como en el caso, la Ley obliga a nombramiento de sustituto que asuma las funciones y responsabilidades del titular. Titular, que ya no ejerce -desempeña, en términos de la Ley- la actividad farmacéutica.

En el penúltimo párrafo del apartado A) anterior ya se ha indicado que el art. 3 de la Ley 2/1996 precisa que el primero de los principios que informa el régimen de incompatibilidades es el de evitar desempeño de actividad externa que " pudiera impedir, dificultar o menoscabar la disponibilidad para cumplir los deberes y funciones propios del cargo o puesto de trabajo" (se entiende porque este desempeño de actividades externas obligan a una dedicación temporal y material que pueden distraer la disponibilidad y dedicación absoluta al cargo). Pues bien, con el nombramiento de farmacéutico sustituto que desplaza al titular en sus funciones, éste no padece menoscabo de disponibilidad alguna. En definitiva, la aplicación al caso de uno de los principios rectores del régimen de la incompatibilidad, nos indica que ésta no concurre.

5ª) La propiedad de una oficina como equivalente a titularidad de una empresa, ha de estar sujeta a las mismas limitaciones del art. 4.4º de la Ley 2/1996 de incompatibilidades. Precepto que impide tener participación superior al 10% en empresas "que tengan contratos, conciertos o convenios, ya sean de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, con la Administración pública autonómica o entidades vinculadas o dependientes de la misma".

En fase de prueba, la Administración de la Comunidad Autónoma ha certificado que la indicada empresa-farmacia no ha firmado contrato alguno ni ha tramitado factura a la Consejería de Salud en los años de referencia, como tampoco ha firmado ningún convenio, concierto o contrato con la indicada oficina de farmacia. Sí se han firmado convenios entre la Administración el Colegio Oficial de Farmacéuticos.

En conclusión, una vez nombrado sustituto, que será el que ejerza las funciones y responsabilidades del farmacéutico titular, el propietario de la farmacia que deja de gestionarla por acceder a cargo público, se limita a ser titular de un patrimonio económico que, obviamente, le genera beneficios, pero sin que dicha propiedad sea causa de incompatibilidad con el cargo público, precisamente por esto, porque deja de ejercitar la actividad profesional o empresarial. Simplemente será titular de un patrimonio, que incluso ni siquiera administra, sino que se lo administra otro (el sustituto).

Es cierto, como afirman los recurrentes, que el art. 67 de la Ley de Ordenación Farmacéutica de Illes Balears mantiene el régimen de incompatibilidades vigentes con carácter general, pero ello no hace sino revertirnos nuevamente a la Ley 2/1996, con la interpretación que se ha expuesto.

D) LA ADMINISTRACIÓN DE PATRIMONIO PERSONAL EN MODO QUE NO COMPROMETA LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LAS FUNCIONES.

Los recurrentes advierten que la Ley de Ordenación Farmacéutica atribuye al Consell de Govern -presidido por el Sr. Cayetano Julian - una serie de facultades que afectan, de manera clara y directa, a los intereses profesiones del Sr. Cayetano Julian como farmacéutico. Argumentan que aunque la propiedad de una oficina de farmacia para el que se ha nombrado farmacéutico sustituto se entendiese como supuesto de mera administración de patrimonio personal, se incumpliría la exigencia de que dicha titularidad lo sea en términos que no " comprometa la imparcialidad o la independencia en sus funciones".

No obstante, el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23.2º de la Constitución , quedaría seriamente restringido con una interpretación extensiva del concepto de "mera administración del patrimonio personal o familiar" que la Ley considera compatible con el cargo público. Por las razones ya explicadas de que la administración se desplaza a otro que asume funciones y responsabilidades, el grado de compromiso se reduce y debe recordarse que lo que no puede comprometer la imparcialidad e independencia de las funciones es la "administración" del patrimonio personal y reiteramos que, para el caso, el patrimonio se lo administra el sustituto.

El criterio de la parte demandante conforme al cual la titularidad de patrimonio personal o familiar compromete la imparcialidad o independencia porque en el cargo de Presidente se adoptan decisiones que pueden afectar a dicho patrimonio, es criterio que conduciría a que ningún titular de patrimonio personal o familiar puede acceder a cargo de Presidente. Es más, tampoco podría acceder a cargo de Consejero, porque en el gobierno se adoptan las decisiones de forma colegiada, y

por lo tanto el consejero sería incompatible aunque no lo sea del ramo afectado por la medida. El titular de una oficina de farmacia no podría ser consejero, aunque no lo fuese de Sanidad.

El criterio de la parte demandante conduce a que ningún profesional podría acceder a ser miembro de un gobierno porque en dicho gobierno siempre se adoptarían decisiones colegiadas que afectan a su profesión. La expresión máxima de lo anterior se concentra en la persona del Presidente del Gobierno, afectado por todos los órdenes sectoriales.

El interés personal en decisión concreta tiene un mecanismo corrector distinto de la incompatibilidad: la abstención y/o recusación (arts. 28 y 29 LRJyPAC; art. 36 de la Ley balear 4/2011, de 31 de marzo).

De entenderse que cualquier relación entre la función pública a la que se pretende acceder y la profesión que se ejercía, es por sí solo determinante de incompatibilidad, resultaría que sólo los ciudadanos con nulo pasado profesional, pueden acceder a cargo público. O lo que es lo mismo: sólo pueden acceder los profesionales de la política.

La interpretación de la norma ha de permitir el acceso a la vida pública a profesionales con actividad privada porque ello redundaría en beneficio de la sociedad, que se vería privada de poder tener gestores y dirigentes altamente cualificados en sus distintos campos profesionales, y además, una interpretación tan restrictiva y constrictora, constituiría una interpretación disuasoria para aquellos, porque en su caso acceder a la vida pública les comportaría un quebranto absoluto en su vida, de forma que al fin se traduciría en una discriminación intolerable e incompatible con lo dispuesto en el artículo 23-2 de la CE.

En penúltimo párrafo del apartado A) anterior ya se ha indicado que el art. 3.3º de la Ley 2/1996 precisa que el segundo de los principios que informan el régimen de incompatibilidades es el de evitar desempeño de actividad externa que afecte a la "imparcialidad" que el ejercicio de las funciones públicas requiere. Por lo explicado, entendemos que la propiedad de una oficina de farmacia no compromete la imparcialidad o independencia de las funciones de Presidente de Illes Balears, salvo que se aplique un criterio interpretativo que conducirá a que igualmente quedan comprometidas cualquiera que fuese la profesión que se ejerciese o el elemento patrimonial de que dispusiera.

Procede así rechazar la invocada incompatibilidad por causa de propiedad de la referida oficina de farmacia.

#### E) LA ALTERACIÓN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA ANTERIOR SENTENCIA DE ESTA SALA Nº 956 DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2007

Lo anteriormente expuesto supone modificación del criterio mantenido en la referida sentencia, dictado para supuesto sustancialmente idéntico que afectaba a la entonces Consejera de Sanidad y Consumo, y en la que se apreció la incompatibilidad entre este cargo público y la titularidad de una oficina de farmacia, aunque - como aquí- mediase nombramiento de sustituto.

Los principios de seguridad jurídica ( art. 9.3º de la CE ), de igualdad en aplicación de la ley ( art. 14 CE ), y el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) no quedan vulnerados cuando el cambio de criterio interpretativo judicial se justifica debidamente ( STC de 27 febrero 2006 , entre otras muchas).

Entendemos suficientemente explicadas las razones por la que nos apartamos de la doctrina contenida en aquella sentencia. En particular, por lo razonado en el punto C) de este fundamento jurídico tercero.

#### CUARTO. LA TITULARIDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES EN DOS EMPRESAS Y LA ADMINISTRACIÓN DE LAS MISMAS

##### A) LOS HECHOS

Recordemos los ya relatados antes:

\* El Sr. Cayetano Julian era, y es, titular de participaciones societarias de la empresa GUITARD POCH JOSE ANTONIO 00000686071 SLNE y, a la toma de posesión como Presidente de Illes Balears era administrador mancomunado de la citada sociedad. En fecha 9 de julio de 2011 renunció al cargo de administrador de la sociedad en Junta General Universal, siendo elevado a público dicho acuerdo en escritura de fecha 28 de abril de 2012.

La titularidad de dichas participaciones fue comunicada el 22 de julio de 2011 al Registro de Patrimonio, regulado en el Decreto 250/1999 de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

No fue comunicada en este Registro, ni en el de Intereses y Actividades, la anterior condición de administrador, que ya no ostentaba desde el día 9 anterior.

\* El Sr. Cayetano Julian era, y es, titular del 100% de las participaciones de la sociedad unipersonal BAUSER INTERNATIONAL 2001 SLU, y a la toma de posesión como Presidente de Illes Balears era administrador único de dicha sociedad. Situación que mantuvo hasta el día 30 de abril de 2012, en la que por decisión de la Junta Universal se nombra administradora de la sociedad a la esposa del Sr. Cayetano Julian .

Sólo comunicó en el Registro de Patrimonio, la titularidad de las participaciones societarias, pero no su condición de administrador único.

#### B) LA REGULACIÓN EN LA LEY DE INCOMPATIBILIDADES.

En este punto debe distinguirse lo que es la mera titularidad de participaciones sociales en empresas mercantiles, de lo que es la gestión de la actividad comercial con las mismas (su administración).

En cuanto a la mera titularidad de participaciones sociales, su regulación está en el art. 4.2º de la Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares , conforme al cual:

"Asimismo, los titulares de los cargos o puestos de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma no podrán tener, por sí o junto con su cónyuge e hijos dependientes y personas tuteladas, participaciones superiores a un 10 por 100 en empresas que tengan contratos, conciertos o convenios, ya sean de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, con la Administración



pública autonómica o entidades vinculadas o dependientes de la misma".

Es decir, se podrá tener participaciones superiores al 10% en empresas siempre que éstas no tengan "contratos, conciertos o convenios, ya sean de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, con la Administración pública autonómica o entidades vinculadas o dependientes de la misma".

Distinto es el caso en que el cargo público no se limita a la titularidad de participaciones de una empresa, sino que la gestiona y administra en términos que -según el Tribunal Supremo- supongan "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 tienden a su creación, incremento o multiplicación a base de alguna formade ocupación en la empresa o negocio de que se trate " ( sentencias de 14 y 21 de septiembre de 2009 y de 13 de abril de 2013 ). En el supuesto de gestión en tales términos, el cargo público no se limita a la administración y conservación del patrimonio personal, sino al ejercicio de una actividad mercantil no permitida en el art. 5.1º de la Ley balear de incompatibilidades.

#### C) LA TITULARIDAD DE PARTICIPACIONES SOCIALES EN LAS DOS EMPRESAS MENCIONADAS.

Como ya se ha dicho, el art. 4.2º de la Ley permite tener participaciones superiores al 10% en empresas siempre que éstas no tengan "contratos, conciertos o convenios, ya sean de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, con la Administración pública autonómica o entidades vinculadas o dependientes de la misma".

La Administración de la CAIB ha certificado que ni ésta ni sus entidades vinculadas, han tenido o tienen contratos, conciertos o convenios, ya sean de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, con las empresas BAUSER INTERNATIONAL 2001 SLU o con la empresa GUITARD POCH JOSE ANTONIO 00000686071 SLNE.

No probado lo contrario, no hay incompatibilidad en este aspecto.

D) LA ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LAS EMPRESAS POR PARTE DEL SR. Cayetano Julian .

En cuanto a la empresa GUITARD POCH JOSE ANTONIO 00000686071 SLNE, el Sr Cayetano Julian cesó de su cargo de administrador mancomunado a los pocos días de su nombramiento (el 9 de julio siguiente), por lo que nada se puede reprochar al respecto.

El hecho de que no se elevase a público el acuerdo de la Junta General hasta el 28 de abril de 2012 ni desmiente lo anterior ni implica ineficacia del cese, por cuanto ni la elevación a público ni su inscripción en Registro Mercantil, tiene carácter constitutivo.

En cualquier caso, de la documentación mercantil y contable aportada se desprende que ésta empresa, ya no gestionada por el Sr. Cayetano Julian , no presenta otra actividad desde julio de 2011 que el mero cobro de las rentas de un arrendamiento preexistente, sin disponer de empleados.

En cuanto a la empresa BAUSER INTERNATIONAL 2001 SLU, sociedad unipersonal con socio único (el Sr, Cayetano Julian ) de la que se mantiene la condición de administrador único hasta el 30 de abril de 2012; su gestión y administración sí sería constitutiva de incompatibilidad si no fuera porque dicha empresa no presenta -en el período afectado- otra actividad que no sea el mero arrendamiento de inmuebles que pertenecen a la empresa.

Ya se ha indicado que el Tribunal Supremo admite la compatibilidad cuando el cargo público ejerce en la empresa una actividad que se limite " al mantenimiento o conservación de recursos ya integrados en el patrimonio del propio titular".

La empresa mencionada no tiene otra actividad que la mera gestión del patrimonio personal del Sr. Cayetano Julian . No se ha acreditado que la referida empresa realizase otra actividad distinta de la indicada, como simple sociedad patrimonial, por lo que el régimen no diferiría de si la gestión se realizase sin la empresa. Es decir, si no ofrece dudas de que el Sr. Cayetano Julian podría arrendar inmuebles de su propiedad y ello no sería incompatible al tratarse de mera administración de patrimonio personal, a la misma solución se llega si resulta que es propietario único de una sociedad patrimonial cuya única actividad es el arrendamiento de los inmuebles de los que el Sr. Cayetano Julian es propietario por medio de la titularidad única de la sociedad patrimonial.

En cualquier caso, de la documentación mercantil aportada no se desprende que en la misma no se realizase gestión distinta " al mantenimiento o conservación de recursos ya integrados en el patrimonio del propio titular". Ni la parte recurrente demuestra lo contrario.

Procede así rechazar la incompatibilidad por causa de la titularidad y/o gestión de las referidas sociedades.

#### QUINTO. ANÁLISIS DE OTROS ARGUMENTOS DE IMPUGNACIÓN DEL ACTO.

La parte recurrente alega argumentos complementarios para la impugnación del acto y que a pesar de su irrelevancia para el fallo, merecen ser contestados.

Los recurrentes denuncian las incorrectas declaraciones del Sr. Cayetano Julian en relación al Registro de Actividades e Intereses y en relación al Registro de Patrimonio, regulado ambos en Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de Incompatibilidades. Denuncian supuestas omisiones o que se declaró en un Registro lo que debería haberse declarado en el otro.

Este debate es irrelevante cuando en el suplico de la demanda no se solicita pronunciamiento de esta Sala al respecto.

Pese a lo que se pidiese en vía administrativa, finalmente en la demanda únicamente se interesa pronunciamiento de esta Sala sobre concurrencia de causa de incompatibilidad, y esta existirá o no con independencia de lo que se haya declarado o dejado de declarar en tales registros.

Se invoca también por la parte demandante que la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears -posterior a la sentencia de esta Sala N° 956, de fecha 16 de noviembre de 2007 - ha venido a reforzar los mecanismos de

transparencia y control del patrimonio de los cargos públicos, lo que no puede desconocerse en la resolución de este recurso.

No obstante, en la regulación concreta de las incompatibilidades, la Ley 4/2011 ( art. 35) se remite a la Ley 2/1996, de 19 de noviembre , de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, por lo que volvemos al mismo punto de inicio, conforme a lo ya analizado.

Procede así, la desestimación del recurso.

#### SEXTO. COSTAS PROCESALES.

El carácter jurídico del debate y las dudas interpretativas (evidenciadas con votos particulares discrepantes) justifican la no imposición de costas procesales ( art. 139,1º LRJCA )

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

1º) Que DESESTIMAMOS la causa de INADMISIBILIDAD invocada por las partes codemandadas.

2º) Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo

3º) Que declaramos conforme al ordenamiento jurídico el acto administrativo impugnado y, en consecuencia, lo CONFIRMAMOS.

4º) No se hace expresa declaración en cuanto a costas procesales.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala y para el Tribunal Supremo, en el plazo de diez días contados desde la notificación de la presente.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de

Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

<span class="h2">

Voto particular</span>

JUDICIAL, FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA DENTRO DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 540/2012

Con el total respeto que merece la opinión mayoritaria, al igual que hicimos en el Auto dictado el 17 de octubre de 2013 resolviendo las alegaciones previas formuladas por la representación procesal de la CAIB, así como también en el Auto de fecha 2 de diciembre de 2013 , resolviendo las alegaciones previas formuladas por la representación

de D. Cayetano Julian , disentimos de la fundamentación y de la respuesta efectuadas por la Sala, plasmadas en el Fundamento Jurídico Segundo y punto primero del Fallo de la Sentencia, relativos al análisis de la causa de inadmisibilidad por falta de legitimación de los recurrentes, invocada por la respectiva representación procesal de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears y de D. Cayetano Julian en sus escritos de contestación a la demanda, óbice procedimental que consideramos debió apreciarse, por los siguientes motivos, los cuales, en la medida que resultan extrapolables, son prácticamente coincidentes con los Votos Particulares emitidos por estas suscribientes el 17 de octubre y 2 de diciembre de 2013 en los Autos mencionados anteriormente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se aceptan los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos Jurídicos Primero, Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto de la Sentencia, así como los puntos segundo, tercero y cuarto del

Fallo, en cuanto relatan el contenido de las posiciones respectivas de las partes procesales, así como analizan y deciden sobre el fondo de la concurrencia de las causas de declaración de incompatibilidad de D. Cayetano Julian con el cargo de Presidente de la Comunidad Autónoma, cuyo resultado compartimos en su integridad.

SEGUNDO. Para poder explicar con mayor sustentan nuestra posición discrepante claridad las razones con el voto emitido que por la mayoría de miembros de este Tribunal respecto de la concurrencia o no de la falta de legitimación activa de los demandantes como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso, en el sentido mayoritario de aceptar la legitimación, debemos partir de forma ineludible de, primero, qué actuación administrativa se ha impugnado y se erige

como objeto del presente recurso contencioso-administrativo, segundo, cuáles son las pretensiones que ejercita la parte actora en el mismo, las cuales se componen por el petitum y por la causa de pedir o causa petendi y, tercero, cuál es el ámbito normativo y "jurisprudencial" que resulta aplicable .

Nos encontramos ante la resolución de una causa de inadmisibilidad que ya fue suscitada al amparo del artículo 58 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) por la representación procesal de la CAIB y de D. Cayetano Julian , y que se ha reproducido en su respectivo escrito de contestación a la demanda, en los cuales se ha sostenido que el recurso no merece un examen en cuanto al fondo ya que la parte actora carece de derecho o interés legítimo para interesar la anulación del acto administrativo y restantes peticiones, esto es, por ausencia de legitimación activa, recogida en los artículos 19.1 a ) y 69 b) del citado Cuerpo Legal .

Este Tribunal debe examinar entonces la vinculación que existe entre la posición jurídica de la parte actora con el objeto del recurso, así como la ventaja o desventaja que obtiene a través de la anulación o mantenimiento de la actuación administrativa que impugna.

1) Por lo que concierne a la actuación administrativa impugnada u objeto del recurso , artículo 25.1 LJCA , se conforma por el acuerdo adoptado por el Consell de Govern de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears en la sesión celebrada el 19 de octubre de 2012, por el que se decidió archivar las actuaciones previas de carácter reservado iniciadas mediante sendos acuerdos dictados por el mismo órgano el 8 y 22 de junio de 2012, diligencias las cuales estaban destinadas a determinar si concurrían circunstancias que justificasen o no la iniciación de un expediente sancionador contra el Sr. D. Cayetano Julian , Presidente de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears (CAIB), por incurrir en posibles supuestos de incompatibilidad con el



cargo, previstos en la Ley Balear 2/1996, de 19 de diciembre, de incompatibilidad de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears.

Estos casos de incompatibilidad con el cargo de Presidente de la Comunidad Autónoma habían sido comunicados al Consell de Govern por los distintos portavoces de dos grupos parlamentarios (Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario PSM-INICIATIVAVERDS-ENTESA i MES PER MENORCA), en escritos presentados el 7 de mayo y el 18 de junio de 2012, en los que se solicitaba, básicamente, en cuanto aquí interesa:

- La constatación de la incompatibilidad para ejercer el cargo del Sr. Cayetano Julian y la extensión de los efectos de la Sentencia del TSJ de les Illes Balears nº 956, de 19 de noviembre de 2007 , en calidad de administrador de dos sociedades y titular de una oficina de farmacia (Grupo Parlamentario Socialista).

- La incoación de un expediente sancionador contra el Sr. Cayetano Julian por la comisión de infracciones previstas en la Ley Balear de Incompatibilidades, derivadas del ejercicio de estas mismas actividades económicas privadas (Grupo Parlamentario PSM-IV-ENTESA i MES).

2) Respecto de las pretensiones formuladas por la parte actora (dentro de los límites de los artículos 68 y 76 LJCA ):

- a) El pedimento o pedimentos (petitum) , aparecen consignados en el suplico del escrito de demanda presentado el 24 de julio de 2013:

"1.- Que se declare no ajustado a derecho el acuerdo del Consell de Govern de 19 de octubre de 2012, notificado a los recurrentes el día 15 de noviembre de 2012, por el que se archivan las actuaciones previas de carácter reservado iniciadas en relación a presuntos motivos de incompatibilidad de D. Cayetano Julian , en el ejercicio del cargo de Presidente de les Illes Balears.

2°.- Que procede declarar la incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Presidente de les Illes Balears de D. Cayetano Julian , al encontrarse afectado por la imposibilidad de ocupar y ejercer dicha función, al encontrarse en manifiesto incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 2/1996 de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears.

3°.-. Que reconocida y proclamada dicha incompatibilidad, D. Cayetano Julian debe cesar de inmediato como Presidente del Govern de les Illes Balears, con pleno restablecimiento de la legalidad conculcada.

4°.- Que se condena a la parte demandada, en un plazo no superior a un mes, a realizar cuantos actos fueren necesarios para el definitivo y efectivo cumplimiento de las anteriores declaraciones, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada, o aquellos que se hubieren opuesto a la demanda."

b) Y en lo que respecta a la causa de pedir o causa petendi , partiendo siempre del escrito de demanda, la parte actora esgrime que el actual Presidente de la CAIB, Sr. Cayetano Julian , ha infringido el principio de incompatibilidad absoluta, el deber dedicación absoluta exclusiva a sus funciones, su obligación de declaración de actividades en el plazo de un mes desde la fecha de toma de posesión, debiendo

aplicarse las consecuencias sancionadoras derivadas del incumplimiento de estos preceptos, sin que las actividades privadas ejercitadas de forma simultánea con el cargo puedan calificarse como de "mera administración del patrimonio familiar", con referencia a los artículos 3 , 4.1 , 5.1 , 7 , 12.1 y 2 , 17 y 18 de la Ley Balear 2/1996, de 19 de noviembre , de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, así como mencionando el artículo 35 de la Ley Balear 4/2011, de 31 de marzo , de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, y con remisión a la Sentencia dictada por esta Sala nº 956, de 16 de noviembre de 2007 .

Como compendio de estos dos elementos integrantes de las pretensiones, en el apartado denominado "conclusiones" del escrito de demanda se argumenta que la Sala debe declarar la incompatibilidad del Sr. Cayetano Julian con el cargo del Presidente de la CAIB en cuanto titular de una oficina de farmacia (doctrina de la Sentencia de esta Sala nº 956/2007 ) y como administrador de dos sociedades mercantiles, y que "ha quedado acreditada la comisión de una infracción muy grave y dos infracciones graves, correspondiendo a las mismas la correspondiente declaración de incumplimiento de la Ley y la publicación consiguiente de esta declaración en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, así como una prohibición para ser nombrado para ocupar cargos o puestos de trabajo, de los relacionados en el artículo 2 de la Ley 2/1996 , de seis años por la falta muy grave y de otros cuatro años por las dos infracciones graves cometidas."

TERCERO. La expresión "declaración de incompatibilidad" de una persona con el ejercicio de un determinado cargo público puede dar a entender que constituye el resultado de un procedimiento administrativo específico encaminado a constatar la existencia de una situación de colisión no permitida entre los intereses públicos consustanciales al ejercicio del cargo que ocupa con el desarrollo de sus actividades privadas, a resolver por un órgano paritario o al menos

independiente de los destinatarios de este régimen de incompatibilidades.

Sin embargo, la declaración de incompatibilidad, denominada "declaración de incumplimiento", se regula en la Ley Balear 6/1996 (al igual que lo hacen la práctica totalidad de Leyes de Incompatibilidades o Conflictos de Intereses de miembros del Gobierno y/o altos cargos aprobadas por las Cortes Generales y otros Parlamentos Autonómicos) como una sanción anudada a la comisión de una infracción muy grave o grave del régimen de incompatibilidades prevista en la misma ( artículos 15.1 a) c), 15.2 y 16.1 de la Ley 2/1996 ), a imponer tras la incoación de un expediente sancionador, cuyo inicio puede estar precedido por unas actuaciones previas de carácter reservado que así lo propongan ( artículo 18 de la Ley 2/1996 ).

El incumplimiento del sistema de incompatibilidades está tipificado como infracción muy grave o grave en el artículo 15.1 a ) y c) de la Ley 2/1996 , cuya comisión se sanciona con la declaración de este incumplimiento y su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de conformidad con el artículo 16.1 de la misma Ley .

Lo que resulta sorprendente, aunque constitucionalmente irreprochable, es que el órgano competente para decidir acerca del resultado de estas diligencias informativas previas y también para resolver el expediente sancionador sea el Consejo de Gobierno ( artículos 18 y 21 de la Ley 2/1996 ), cuando el régimen de incompatibilidades tiene entre su ámbito subjetivo cargos que directa o indirectamente han sido nombrados por el mismo o por alguno de sus miembros, es decir, por el Poder Ejecutivo.

CUARTO. Los escritos presentados por los Grupos Parlamentarios Socialista y PSM-INICIATIVA-ENTESA-MES ante el Consejo de Gobierno los días 8 y 22 de junio de 2012 se tratan de denuncias por incumplimiento de la Ley 2/1996, que fueron tramitadas como establece el artículo 20 del Decreto 250/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Incompatibilidades, elevándose al Consejo de Gobierno para su tramitación conforme a las normas recogidas en el Título V de la Ley 2/1996, dedicado a la regulación del Régimen Sancionador.

Es decir, las denuncias en materia de incompatibilidades de miembros del Gobierno y Altos Cargos, en el supuesto que revistan todos los requisitos formales mínimos, se elevarán al Consejo de Gobierno a fin de que resuelva su tramitación posterior de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 15 al 21 de la Ley de Incompatibilidades (Título V), y en especial, para que este órgano decida si inicia o no un expediente sancionador, y, en su caso, si realiza anteriormente unas actuaciones previas.

A raíz de una denuncia de incumplimiento del régimen de incompatibilidades no se prevé ni legal ni reglamentariamente que el Consejo de Gobierno pueda o deba requerir al supuesto infractor para que cumpla, ya que el artículo 20 del Reglamento mencionado se remite directamente a los mecanismos y procedimientos sancionadores del Título V de la Ley, no a medios de control recogidos en el Título IV, como el requerimiento de cumplimiento recogido en el artículo 14.

Desde nuestro punto de vista, a diferencia del criterio expresado en el Fundamento Segundo de la Sentencia por la mayoría de Magistrados de esta Sala, el artículo 14 se refiere a un instrumento preventivo del incumplimiento de los supuestos de incompatibilidad, previo a la comisión de infracciones, consistente en que el Consejo de Gobierno, como encargado de la gestión, deba o pueda requerir a los

destinatarios para que cumplan en plazo con la presentación de las declaraciones de actividades y, en su caso, renunciadas que deban efectuar, previstas en el artículo 12 de la Ley 2/1996 .

Pero ante una denuncia de una supuesta infracción ya cometida, el Reglamento de desarrollo obliga a tramitarla conforme al régimen sancionador, no cabe que el Consejo de Gobierno o Consell de Govern decida sólo requerir el cumplimiento de las obligaciones y deberes recogidos en la Ley.

El requerimiento no es una medida alternativa a la sanción ni tampoco una sanción prevista, sino un modo de evitar la comisión de infracciones, esto es, de evitar el incumplimiento del régimen de incompatibilidades, ya que este incumplimiento constatado, en todo caso, constituye una infracción sancionable.

No es baladí que el artículo 14 se regule en el Título IV, relativo a los medios de control, porque esa figura busca y pretende evitar posibles comisiones de infracciones. Pero eso no es lo que los recurrentes pidieron a la Administración en su día, ni tampoco ahora en su demanda. La pretensión de constatación de existencia de una situación de incompatibilidad que es lo que solicitaron a la Administración conduce a la Administración y órgano encargado a la necesidad de iniciar información reservada, y la vía a seguir es sólo la contemplada en el Título V de la ley, donde se regula el procedimiento sancionador. Dicho de otra forma, puesta de manifiesto una situación de incompatibilidad como ocurrió en el supuesto de autos, el órgano encargado ha de velar por examinar si tales informaciones son ciertas, lo cual pasa por realizar una información reservada que, inexorablemente o bien termina en un procedimiento sancionador, o bien termina en el archivo de esas actuaciones, si se considerase que no se da la situación denunciada. Y así lo proclama el artículo 18-5 de la ley 2/1996 con meridiana claridad. No es este el momento de que el órgano encargado realice requerimiento alguno como alternativa a una

sanción, porque no lo es y porque la situación en tal caso ya rebasa los límites del mero control preventivo.

QUINTO . Siguiendo con el objetivo de este Voto Particular, se nos ha planteado por la representación de las partes demandada y codemandada, que el recurso no merece un análisis en cuanto al fondo, ya que los integrantes de la parte actora carecen de legitimación activa para interesar que el Tribunal anule el archivo de las actuaciones previas y declare la procedencia de reconocer la situación de incompatibilidad, con cita de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Séptima, de 19 de septiembre de 2011 ), recaída en un recurso contencioso cuya actuación administrativa enjuiciada era análoga.

La legitimación activa, esto es, el derecho o interés legítimo que ostenta la parte actora en relación con la anulación del acto administrativo que impugna, primero, y con las restantes peticiones, después, debe ser examinada a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo emitida al respecto de este requisito de procedibilidad, y en concreto, a partir de la jurisprudencia existente acerca de la posición del denunciante en los recursos que se promuevan ante los Tribunales frente a las resoluciones administrativas bien dictadas en el seno de ciertos expedientes sancionadores (básicamente, por no sancionar al denunciado) o bien recaídas en trámite de diligencias previas a la incoación de los mismos (archivo y no inicio de expediente sancionador).

La legitimación activa aquí puesta en tela de juicio no puede ser confirmada porque esta Sala, en un supuesto ciertamente análogo, en el año 2007 decidiera aceptar la admisibilidad del recurso, y lo hiciera sin poner en duda el interés legítimo de los recurrentes, requisito de procedibilidad cuya ausencia, por otro lado, en aquella ocasión no fue suscitado por la Administración demandada.

Y la razón por la que este Tribunal no debería aceptar la legitimación activa de los recurrentes en el presente recurso contencioso-administrativo, no es otra que el Tribunal Supremo, con posterioridad a la Sentencia de esta Sala nº 956/2007, concretamente el 19 de septiembre del año 2011, ha dictado una Sentencia en la que analiza la legitimación activa que ostentan varios diputados el Parlamento de Andalucía para poder recurrir ante el Orden Contencioso-Administrativo el archivo de unas actuaciones previas iniciadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía tras la denuncia formulada por los mismos ante el mismo por considerar que el entonces Presidente de la Junta de Andalucía había incumplido la Ley de Incompatibilidades, y, en especial, si ostentan interés legítimo para poder solicitar, no ya que se sancione (como sucede en el presente recurso contencioso, acerca del Presidente de la CAIB), sino para que los Tribunales condenen a la Administración a iniciar un expediente sancionador.

Y el Tribunal Supremo concluye que no concurre este derecho o interés legítimo.

El Alto Tribunal examina la concurrencia de este requisito de procedibilidad en el denunciante, y lo hace con abstracción de la específica causa de incompatibilidad que se le atribuía al Presidente de la Junta de Andalucía. No se puede soslayar la aplicación de los razonamientos de esta Sentencia del Tribunal Supremo, como efectúa el Auto del cual se discrepa, porque las causas de incompatibilidad denunciadas sean distintas y/o tengan un abanico distinto de interesados que pudiesen erigirse como posibles demandantes - legitimados- ante el Orden Contencioso- Administrativo, por ser titulares de un derecho o interés legítimo.



El Tribunal Supremo traslada a los supuestos de archivos de actuaciones previas a los procedimientos sancionadores de incompatibilidades de altos cargos la consolidada doctrina jurisprudencial existente acerca de la falta de legitimación activa del denunciante (más bien quejadante) para poder interesar de y ante este Orden Jurisdiccional que, ante las decisiones de archivo de las diligencias informativas incoadas tras presentar una queja ante el Consejo General del Poder Judicial, el quejadante pretenda que se condene a iniciar un expediente sancionador, y por extensión, que se sancione a alguno de los miembros de la Carrera Judicial.

Se trata de una sola Sentencia del Tribunal Supremo, es cierto, pero que examina el requisito de la legitimación activa en un supuesto exacto al aquí analizado, y que en aras del principio a la igualdad y seguridad jurídica consagrados constitucionalmente en los artículos 9.3 y 14 CE, esta Sala debería haber tomado en consideración y haber aplicado.

Los Fundamentos de Derecho Séptimo y Tribunal Supremo de 19 de septiembre Octavo de la Sentencia de 2011 incluyen entre sus razonamientos los siguientes (las negritas y subrayado son nuestros):

"SÉPTIMO.- (...) Según se ha visto, la sentencia y el voto particular coinciden en admitir la legitimación de los recurrentes apoyándose para ello en la misma jurisprudencia: la emanada de esta Sala y Sección respecto de la que asiste a los denunciantes para impugnar jurisdiccionalmente acuerdos de archivo de sus denuncias dictados por el Consejo General del Poder Judicial. Pues bien, en la medida en que es distinto el entendimiento de esa jurisprudencia por la sentencia y el voto particular y, también, por la Junta de Andalucía y por los ahora recurridos, debemos recordar cuál ha sido y es la posición de la Sala al respecto.

De manera reiterada viene manteniendo que el denunciante carece de legitimación para pedir la imposición de sanciones a los jueces y magistrados denunciados y que tampoco le asiste para pretender la incoación de un expediente disciplinario. Solamente le ampara para reclamar que se atienda su queja conforme a las normas establecidas y que, cuando no se hayan llevado a cabo, siendo imprescindibles, se realicen las actuaciones previas necesarias respecto de los hechos. Esta posición no es incompatible con que, en ocasiones, la petición de apertura de ese expediente se haya entendido en el sentido de que lo pedido era que se realizaran actos de investigación. Ahora bien, en los casos en los que, ante tales peticiones, no se ha pronunciado una sentencia de inadmisibilidad, la Sala se ha movido siempre en el marco de las actuaciones previas. Es decir, de las que contempla el artículo 423.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como anteriores a la incoación del expediente: el archivo de plano, las informaciones previas y las diligencias informativas. De ahí que no se hayan acogido las pretensiones de incoación de procedimiento sancionador y sí solamente y a título excepcional las encaminadas a que se realicen tales actos previos cuando el Consejo General del Poder Judicial no había llevado a cabo ninguno pese a su necesidad. Así ha sucedido, entre otros, en los casos resueltos por las sentencias de 20 de noviembre de 2009 (recurso 152/2006 ), 29 de abril de 2011, (recurso 48/2010 ), 28 de abril de 2011 (recurso 90/2010 ), 20 de noviembre 2009 ( 152/2006 ), 17 de julio de 2009 (recurso 394/2007 ), 2 de junio de 2009 (recurso 485/2008 ), 11 de marzo de 2009 (recurso 142/2007 ), 20 de mayo de 2008 (recurso331/2004 ).

Aclarado lo anterior, es necesario añadir otro elemento fundamental. La doctrina expuesta sobre la legitimación del denunciante descansa en el tratamiento que le da la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 423 y siguientes . Importa destacar que no es el mismo que el contemplado por el Real Decreto 1398/1993 sino más generoso toda vez que, en lugar de limitarse a prescribir que se le notifique la resolución que se adopte sobre la iniciación o no del expediente sancionador sin tenerlo como parte en el mismo, como

hace el citado Real Decreto (artículos 11.2 y 13.2), los artículos 423.3 y 425.8 de aquella Ley Orgánica si contemplan la intervención del denunciante en el mismo, si bien no llegan a situarlo en el mismo plano que al expedientado. La distinta consideración que dedica al denunciante respecto de la que se le concede en el procedimiento sancionador común se explica, sin duda, porque el legislador orgánico está pensando en quienes se relacionan con la y con los miembros de la Carrera Judicial durante el desenvolvimiento de los procesos o de las actividades gubernativas de los Juzgados y Tribunales. Si se repasan las infracciones tipificadas en los artículos 417 , 418 y 419 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se comprobará que así es. Por tanto, el régimen de estos denunciantes no coincide con el general del Real Decreto 1398/1993 precisamente por dicho punto de partida: la relación en que se encuentran con las actuaciones judiciales.

Esta circunstancia y la singular función que corresponde a los jueces y magistrados explican que las normas legales y la jurisprudencia que las ha interpretado no sean trasladables sin más a supuestos diferentes. Y supone que en los demás casos deba resolverse la cuestión de la legitimación mediante la aplicación de los criterios generales sentados en el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción : la concurrencia en el recurrente de underecho o interés legítimo que la sustente. Derecho o interés legítimo que la actuación administrativa impugnada hubiera lesionado o menoscabado de alguna forma y que, de prosperar el recurso, se verían restablecidos de manera que quien lo hubiere interpuesto viera enriquecido su patrimonio jurídico, ya sea porque sería restablecido su derecho, ya sea porque obtendría una ventaja o evitaría un perjuicio o desventaja. Es decir, no basta con el interés consistente en la defensa de la legalidad pues en este orden jurisdiccional no rige la acción pública salvo en los concretos ámbitos en que la ha previsto expresamente el legislador. Sobre todo ello, la jurisprudencia es tan constante, reiterada e inequívoca que nos excusa de toda cita.

OCTAVO.- Los recurrentes en la instancia la conocen y, por eso, subrayan su condición de diputados del Parlamento de Andalucía y mencionan su obligación de controlar la acción del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y de exigirle respeto a las leyes, en particular, a la que establece las incompatibilidades de sus altos cargos, entre los que se cuenta su Presidente.

Ciertamente, al Parlamento de Andalucía corresponde, entre otras funciones, la de controlar al Consejo de Gobierno (artículo 106.3º del Estatuto de Autonomía ). Por eso, tienen razón los Sres. Pelayo , Trinidad , Jose Daniel, Adrian y Carla cuando nos recuerdan su obligación de ejercer ese control. También la tienen cuando recuerdan que tal obligación está estrechamente vinculada a la representación del pueblo andaluz que ostentan en su conjunto los miembros de esa asamblea legislativa (artículo 100.1 del Estatuto ). Y, si bien tal función no es exclusiva de ellos, cobra más fuerza para los diputados de la oposición ya que la fiscalización que ejercen no sólo supone un límite a la mayoría gobernante sino que, además, permite trasladar a la opinión pública las alternativas que preconiza y, de ese modo, dar razones a los ciudadanos para que le den su apoyo en las siguientes elecciones. En tanto, la democracia se distingue por ser una forma política que garantiza la existencia de la oposición, el cometido de los parlamentarios que la integran es decisivo.

Para llevarlo a cabo el ordenamiento constitucional y estatutario y los reglamentos de las asambleas legislativas les confieren unos instrumentos específicos y, también, unas garantías concretas que preservan su posición para asegurarles la autonomía que precisan en el desempeño sin cortapisas de esa función esencial. Tal atribución no se extiende, sin embargo, a la legitimación para actuar en el proceso contencioso-administrativo. La condición de parlamentario no es un plus que permita gozar de ella a falta de un derecho o interés legítimo que se vea vulnerado por la actuación administrativa. Su control sobre los gobernantes lo han de ejercer ellos mismos directamente con los medios que tienen

reconocidos en el seno de las relaciones entre el Parlamento y el Consejo de Gobierno o ante la opinión pública, pero no se prolonga al o implica el control judicial. Este último es cometido exclusivo de los tribunales y solamente se activa cuando se cumplen los requisitos establecidos en las leyes procesales. Es decir, cuando, en lo que ahora importa, un sujeto legitimado, o sea portador de un derecho o interés legítimos afectado, interpone en plazo, un recurso contra una actuación susceptible de impugnación que considera contraria al ordenamiento jurídico y pide al órgano judicial competente la tutela que la Constitución le reconoce.

La notoriedad de este asunto, dada la condición de las partes, la circunstancia de que mediara otra denuncia por los mismos hechos o que a raíz de ellos se presentara por el Partido Popular una querrela criminal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo por los delitos de prevaricación y tráfico de influencias --archivada por auto de 17 de febrero de 2010 (causa especial 20370/09) al no apreciar indicios de ellos-- y la correspondiente repercusión mediática han podido dificultar la correcta percepción de las cuestiones a resolver en el proceso. Ahora bien, ninguno de estos factores altera los términos en que está definida la legitimación que ha de tener el recurrente en el orden contencioso-administrativo ni varía el alcance de la que corresponde al denunciante. No se trata ésta de una conclusión novedosa pues se desprende de la doctrina general de la que se viene hablando y ya ha sido aplicada en supuestos en los que el título con el que se pretendía actuar en el proceso era sin más el consistente en la condición de parlamentario [ sentencias de 11 de febrero y 11 de julio de 2003 ( recurso 53/2000 y casación 15/2001 , respectivamente)].

O cuando un partido político ha querido impugnar un acto que no afectaba a su esfera de derechos e intereses legítimos [ sentencias de 20 de enero de 2009 (casación 1238/2006 ), 18 de enero de 2005 (casación 22/2003 ) o 6 de abril de 2004 (recurso 34/2002 )].

Así, pues, la sentencia ahora cuestionada ha aplicado incorrectamente el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción y la jurisprudencia que lo ha interpretado, reiterada recientemente, entre otras, en las sentencias de 11 de mayo de 2011 (recurso 12/2010 ) y 29 de abril de 2011 (recurso 328/2010 ) y las que en ellas se citan. En efecto, no sólo ha llevado acriticamente a un ámbito distinto la doctrina sentada sobre la legitimación de quien recurre el archivo de su queja por el Consejo General del Poder Judicial sino que, además, la ha ampliado al extenderla a la pretensión de incoación de un procedimiento sancionador. Y, como se ha dicho, esta Sala no ha dado ese paso. Al contrario, ha circunscrito el interés del denunciante a que, en el marco de las actuaciones previas contempladas en el artículo 423 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se realice por el Consejo General del Poder Judicial una actividad mínima de comprobación de los hechos cuando ello sea imprescindible sin llegar a dar el paso de hacerlo llegar a la apertura de un expediente disciplinario. Todo lo contrario, ya que reiteradamente se viene diciendo que carece de legitimación ese denunciante para pretender tal cosa. Pues bien, la desviación de la doctrina jurisprudencial tomada como referencia hace más patente la infracción en que incurre la sentencia ya que en un contexto normativo más restrictivo para el denunciante --el del Real Decreto 1398/1993 -- le concede una posición mejor que la que el legislador orgánico ha reconocido al que contempla en sus artículos 423 y siguientes y trata con mayor generosidad".

En conclusión, el Tribunal Supremo deniega la concurrencia de legitimación ante el Orden Contencioso-Administrativo de los miembros de un Parlamento Autonómico que han sido denunciados de una situación de incompatibilidad en un alto cargo o miembro del Gobierno, para pretender ante los Tribunales que las actuaciones previas abiertas tras su denuncia y archivadas por el órgano competente desemboquen en el inicio de un expediente sancionador. A lo sumo, podrían solicitar que estas actuaciones previas se practicasen

o completasen, pero en ningún modo pueden pedir que se incoe el procedimiento sancionador, y mucho menos que recaiga sanción.

SEXTO. En el Fundamento Segundo de la Sentencia, los tres magistrados que han emitido el voto mayoritario afirman que no se puede negar interés legítimo a parlamentarios del Parlament de les Illes Balears para cuestionar si el Presidente de Illes Balears está incurso o no en causa de incompatibilidad para dicho cargo por la sencilla razón de que son los electores para su nombramiento ( art. 54,1º de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de las Illes Balears ) y, por ello, no les puede ser indiferente lo que se decida acerca de si está o no afectado por causa de incompatibilidad para el cargo en cuyo nombramiento tuvieron que decidir.

Efectivamente, el Presidente de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, de conformidad con el artículo 54.1 de su Estatuto de Autonomía es elegido por el Parlamento Balear, por y de entre sus miembros, y es nombrado por el Rey.

Realmente, sorprende y plantea serias dudas de constitucionalidad en estas dos magistradas discrepantes, por afectación al derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución , la circunstancia consistente en que, siendo el Parlamento la institución competente para elegir al Presidente de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, de conformidad con el artículo 54.1 de su norma institucional básica o Estatuto de Autonomía, sin embargo, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley que regula el régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno Balear y los Altos Cargos de la Administración Autonómica (Ley Balear 2/1996, de 19 de diciembre ), no corresponda al Poder Legislativo, sino al Ejecutivo (Consejo de Gobierno), la decisión acerca de la procedencia de iniciar un expediente sancionador por incompatibilidad de su propio Presidente -quien ostenta la potestad de nombrar y separar a sus

miembros, artículo 56.1 del Estatuto- y, en su caso, la imposición de una sanción, que conllevará su cese e inhabilitación ( artículos 16 y 17 del citado Cuerpo Legal ).

Esta perplejidad producida por la regulación legal de un régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno Autonómico y altos cargos, en el cual se integra el incumplimiento de estas causas dentro de un sistema sancionador ( artículos 15 y 16 de la Ley 2/1996 ), y en que se prevé que el órgano competente para sancionar al Presidente del Ejecutivo Autonómico no es el representante de la voluntad del pueblo, es decir, el Parlamento que lo ha elegido, sino el propio Consejo de Gobierno designado por aquél (artículo 56.1 del Estatuto de Autonomía), no puede conllevar a ampliar la legitimación activa a los representantes políticos en el Parlamento, de modo claramente contrario al expresado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de septiembre de 2011 resolviendo un asunto análogo al presente, ya que, como ha mencionado el Alto Tribunal:

" OCTAVO.- (...) Ciertamente, al Parlamento de Andalucía corresponde, entre otras funciones, la de controlar al Consejo de Gobierno (artículo 106.3º del Estatuto de Autonomía ). Por eso, tienen razón los Sres. Pelayo , Trinidad , Jose Daniel , Adrian y Carla cuando nos recuerdan su obligación de ejercer ese control. También la tienen cuando recuerdan que tal obligación está estrechamente vinculada a la representación del pueblo andaluz que ostentan en su conjunto los miembros de esa asamblea legislativa (artículo 100.1 del Estatuto ). Y, si bien tal función no es exclusiva de ellos, cobra más fuerza para los diputados de la oposición ya que la fiscalización que ejercen no sólo supone un límite a la mayoría gobernante sino que, además, permite trasladar a la opinión pública las alternativas que preconiza y, de ese modo, dar razones a los ciudadanos para que le den su apoyo en las siguientes elecciones. En tanto, la democracia se distingue por ser una forma política que garantiza la existencia de la oposición, el cometido de los parlamentarios que la integran es decisivo.



Para llevarlo a cabo el ordenamiento constitucional y estatutario y los reglamentos de las asambleas legislativas les confieren unos instrumentos específicos y, también, unas garantías concretas que preservan su posición para asegurarles la autonomía que precisan en el desempeño sin cortapisas de esa función esencial. Tal atribución no se extiende, sin embargo, a la legitimación para actuar en el proceso contencioso-administrativo. La condición de parlamentario no es un plus que permita gozar de ella a falta de un derecho o interés legítimo que se vea vulnerado por la actuación administrativa. Su control sobre los gobernantes lo han de ejercer ellos mismos directamente con los medios que tienen reconocidos en el seno de las relaciones entre el Parlamento y el Consejo de Gobierno o ante la opinión pública, pero no se prolonga al o implica el control judicial. Este último es cometido exclusivo de los tribunales y solamente se activa cuando se cumplen los requisitos establecidos en las leyes procesales. Es decir, cuando, en lo que ahora importa, un sujeto legitimado, o sea portador de un derecho o interés legítimos afectado, interpone en plazo, un recurso contra una actuación susceptible de impugnación que considera contraria al ordenamiento jurídico y pide al órgano judicial competente la tutela que la Constitución le reconoce.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo niega que estos parlamentarios gocen de un derecho o interés legítimo para impetrar ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, primero, la incoación de un expediente de incompatibilidad, que reviste naturaleza sancionadora como ya hemos mencionado de forma reiterada y, segundo, para obtener un pronunciamiento que declare esa incompatibilidad, al partir de que los representantes elegidos por los ciudadanos disponen de diversos mecanismos de control del Gobierno, como pudiese ser la moción de censura y de confianza, además de la influencia en la opinión pública.

Su interés legítimo canalizable ante los Tribunales se circunscribe y concluye " para reclamar que se atienda su queja conforme a las normas establecidas y que, cuando no se hayan llevado a cabo, siendo imprescindibles, se realicen las actuaciones previas necesarias respecto de los hechos".

SÉPTIMO . Los integrantes de la parte actora impetran la acción de la Justicia en el presente recurso contencioso-administrativo para que esta Sala anule la declaración de archivo de las actuaciones previas de carácter reservado incoadas al Sr. Cayetano Julian , que se pronuncie sobre la procedencia de la declaración de la situación de incompatibilidad con el cargo del Presidente de la Comunidad Autónoma del Sr. Cayetano Julian , con cese del mismo una vez reconocida, con condena a la Administración demandada al cumplimiento de estas actuaciones en el plazo máximo de un mes.

En resumidas cuentas, se solicita que se condene a la Administración a sancionar al actual Presidente de la CAIB con la declaración de incompatibilidad en el cargo, con todas sus consecuencias legales, y a cumplir este mandato en el plazo de un mes.

En ningún modo se interesa de esta Sala, primero, que se retrotraigan las actuaciones previas porque son insuficientes o incurren en supuestos de nulidad o anulabilidad, sino que ningún reproche se hace de las diligencias practicadas en su seno; segundo, nada se dice acerca de que el Consejo de Gobierno debía o debe requerir al Sr. Cayetano Julian para que cumpla la Ley 2/1996, es decir, al supuesto previsto en el artículo 14 de la Ley 2/1996 al que se refieren nuestros compañeros en el Auto mayoritario; y finalmente, tampoco se nos pide que se condene a la Administración a incoar y, en su caso, resolver un expediente sancionador, sino que lo que se pretende en la demanda es que esta Sala anule el archivo y condene al Consejo de Gobierno a sancionar al actual Presidente de la CAIB con la

declaración de incompatibilidad, así como a cesarle en el plazo de un mes. Esta es la petición.

El Tribunal Supremo sólo reconoce, en su caso, la legitimación activa para interesar de los Tribunales la realización o completación de estas actuaciones previas archivadas o no efectuadas, pero no para que se inicie un expediente sancionador, ni mucho menos para que este procedimiento acabe con la imposición de una sanción concreta, como se solicita en la demanda.

Y el Alto Tribunal efectúa este razonamiento de forma genérica, examinando el interés que asiste a los parlamentarios para solicitar judicialmente el inicio de un procedimiento sancionador por infracción de la Ley de incompatibilidades contra un Presidente Autonómico, sin analizar en ningún momento la concreta causa de incumplimiento de la Ley Andaluza de Incompatibilidades que se le imputaba al entonces Presidente de la Junta de Andalucía, consistente en no haberse abstenido en un asunto en el que supuestamente tenía interés por vinculación familiar.

El Tribunal Supremo no entró a considerar si la ausencia de legitimación activa de los parlamentarios correspondientes a un partido de la oposición se debía o no a que este concreto motivo de incumplimiento de la Ley de incompatibilidades (omisión del deber de abstención) se producía en relación con unas decisiones concretas, relativas a ayudas y subvenciones, y no operaba en el supuesto de que la causa de incompatibilidad afectase, con carácter absoluto, a toda actuación del Presidente del Ejecutivo Autonómico.

En la Sentencia cuyo razonamiento discrepamos se razona que la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 no resulta aplicable al presente supuesto, ya que

en los casos de declaración de incumplimiento de la Ley de Incompatibilidades por omisión del deber de abstención, al cercenarse esta obligación en un expediente concreto, sí existen personas y entidades que gozan de un interés legítimo en el procedimiento administrativo dentro del cual la autoridad o alto cargo debió apartarse, y, por derivación, este interés se traslada al orden contencioso-administrativo, por lo que siempre nos encontraremos ante potenciales recurrentes, sin que resulte necesario reconocer la posibilidad de impugnación judicial a los parlamentarios.

Y, a continuación, en el mismo Fundamento Segundo de la Sentencia del cual discrepamos se afirma que en el supuesto de causas de incumplimiento de la Ley de Incompatibilidades que no guardan conexión con un expediente administrativo concreto, como en el caso de ejercicio de actividades profesionales o de administración societaria, sino que afectan al ejercicio del cargo público en su globalidad, si no se permitiese que los parlamentarios que han elegido al Presidente del Gobierno puedan denunciar este incumplimiento, nadie podría realizarlo.

La Ley Balear 2/1996 recoge en el artículo 15, letras a ) y e), como infracciones del régimen de incompatibilidades y del control de intereses, tanto el incumplimiento de los deberes de dedicación absoluta consignados en los artículos 4 y 5 , como también el incumplimiento del deber de abstención. Ambas se erigen como infracciones o causas de la declaración de incompatibilidad.

Y si existen posibles interesados en el supuesto de la abstención, también podemos encontrar personas y entidades afectadas en el caso de la ausencia de dedicación absoluta del Presidente, como pudiese tratarse de empresarios competidores.

Pero, al margen de esta posibilidad de que existan titulares de derechos e intereses legítimos en ambos supuestos de infracción, lo cierto -repetimos- es que el Tribunal Supremo ha negado esta legitimación a los parlamentarios, ya que los intereses legítimos que representan se deben ejercer mediante los mecanismos parlamentarios, no ante los Tribunales de Justicia.

Partiendo de las consideraciones expuestas, el recurso contencioso-administrativo debió ser declarado inadmisibile, al carecer los recurrentes de legitimación activa para interponer el presente recurso. Y respecto del análisis del fondo efectuado en la Sentencia acerca de la inexistencia de causa de incompatibilidad con el cargo de Presidente de la Comunidad Autónoma, compartimos y suscribimos totalmente el mismo.

En Palma de Mallorca, a once de junio de dos mil catorce.

Voto particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pablo Delfont Maza respecto de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJIB número 332/2014, de 11 de junio de 2014,

I.- En qué coincido con la sentencia nº 332/2014

1.- En que tiene que desestimarse la pretensión de la CAIB y del afectado para que fuera declarado inadmisibile el recurso promovido por los Grupos Parlamentarios Socialista y PSM-IV-Entesa i Més per Menorca.

2.- En que deben rechazarse las pretensiones de los demandantes enhebradas sobre alegaciones referentes a las dos

empresas en las que el afectado tendría una u otra participación en uno u otro momento.

## II.- En qué discrepo de la sentencia nº 332/2014

Con el máximo respeto, discrepo en cuanto a si la Ley de la CAIB 2/1996, de 19 de noviembre, establece que el ejercicio del cargo público de President del Govern es incompatible con el ejercicio de la actividad de oficina de farmacia por sustituto, que es lo que ocurre en el caso JR Bauzá.

También comentaré el fundamento del rechazo de la pretensión de inadmisión.

III.- Los mandamientos, consideraciones y conclusiones que resumen mi opinión jurídica discrepante sobre el caso JR Bauzá.

1.- El President del Govern está obligado por Ley a ejercer sus funciones en régimen de dedicación absoluta y exclusiva.

2.- El President del Govern no tiene permitido por la Ley compatibilizar sus funciones con el ejercicio por sustitución de una actividad privada por cuenta propia.

3.- El President del Govern sí que tiene permitido por la Ley compatibilizar sus funciones con actividades privadas de mera administración de su patrimonio personal.

4.- La oficina de farmacia es un elemento que por su propia naturaleza no puede formar parte del patrimonio personal.

5.- Lo que sí que puede formar parte del patrimonio personal es la autorización o título administrativo que habilita para la apertura de una oficina de farmacia.

6.- La autorización administrativa forma parte del patrimonio personal cuando se ha producido el cese de la actividad de oficina de farmacia, pero no cuando la actividad continúa mediante sustituto del titular.

7.- La oficina de farmacia forma parte del patrimonio empresarial o profesional.

8.- El Presidente del Govern no tiene permitido por la Ley compatibilizar sus funciones con el ejercicio por sustitución de la actividad de oficina de farmacia.

9.- El Presidente del Govern Cayetano Julian es al mismo tiempo titular de una oficina de farmacia para cuya actividad ha nombrado un sustituto.

10.- El Presidente del Govern Cayetano Julian incurre en causa legal de incompatibilidad

IV.- Los dos ámbitos de las Administraciones Públicas y la interpretación de las normas jurídicas sobre incompatibilidad de los cargos públicos de la CAIB.

En la Administración Pública concurren dos ámbitos:

1.- El ámbito en el que se sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho. Se trata del ámbito propio de los funcionarios públicos, que son reclutados según un procedimiento objetivo y de acuerdo con criterios de selección previamente aprobados.

2.- El ámbito en el que se determina el interés general que tendrán que servir los funcionarios. Este ámbito es en el que se mueven los representantes de la voluntad popular, es decir, los cargos públicos representativos. En este ámbito de los cargos públicos se elaboran las políticas públicas que llevarán a la práctica los funcionarios y se responde políticamente de los criterios elegidos.

El cargo público no puede identificarse o concebirse, pues, como un lugar de trabajo sino como una comisión o encargo con vínculos que provienen del cuerpo electoral.

Los mecanismos que garantizan la determinación objetiva del interés general por parte de los cargos públicos son tres:

1.- Las causas de inelegibilidad, que operan previamente a la elección del cargo representativo e impiden por tanto la presentación a una elección.

2.- Las causas de incompatibilidad, que son impedimentos funcionales, por ejemplo, como en el caso JR Bauzá, para ejercer a un tiempo una determinada actividad



privada por sustituto y el cargo público de President del Govern de les Illes Balears. En estos casos el afectado debe optar por el ejercicio de la actividad privada o el cargo público, es decir, tiene que optar entre tomar posesión en el cargo y dejar de ejercer la actividad de farmacia -por sí o por sustituto- o renunciar al cargo público y continuar con el ejercicio de la actividad de farmacia.

3.- Las causas de abstención, que operan sobre aquel cargo público que sin ser inelegible y sin incurrir en causa de incompatibilidad, sin embargo, debe inhibirse de conocer de un asunto concreto cuando ese conocimiento pudiera poner en peligro la imparcialidad del cargo público de que se trate.

Las incompatibilidades de los miembros del Govern y de los Altos Cargos de la CAIB y las incompatibilidades de los funcionarios de la CAIB se rigen por dos sistemas jurídicos distintos.

El principio general y rector en materia de incompatibilidad de los miembros del Govern y de los Altos Cargos de la CAIB es el de dedicación exclusiva al cargo público y restricción de toda actividad que pueda perturbar o incidir en el desempeño del cargo público.

Como es natural, no basta con que la Ley prohíba sino que es preciso que la Ley incluya recursos para que puedan hacerse eficaces sus prohibiciones. De ahí la existencia del Registro de Actividades y la obligación de declarar ante ese Registro las actividades de los miembros del Govern y de los Altos Cargos.

Las causas legales de incompatibilidad, en nuestro caso las causas de incompatibilidad del President del Govern Cayetano Julian , entroncan con los principios de ética pública.

Como vamos a ver, el legislador de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears se ha preocupado de imponer en la Ley 2/1996 el principio general de incompatibilidad absoluta de actividades ajenas al ejercicio del cargo público que, en síntesis, puedan comprometer la imparcialidad, la objetividad y la independencia, de modo que forzosamente los supuestos legales de compatibilidad de un cargo público tienen que ser interpretados -en todo caso y por todos, es decir, también por los jueces- de forma restrictiva.

La insoslayable interpretación restrictiva que impone la Ley 2/1996 supone, como es natural, que el Tribunal tiene impedido hacer lo contrario, es decir, el Tribunal no tiene permitido por la Ley 2/1996 llevar a cabo una interpretación dilatada o generalizada de la misma; y, por supuesto, el juez tampoco debe acudir a la hora de interpretar la Ley 2/1996 bien sea a requiebros que cortejen al afectado o bien a lecturas de esa Ley 2/1996 en "zig-zag", es decir, no caben, pues, interpretaciones que quieran hacer ver o que presenten como compatible aquella situación concreta que, por más que el Tribunal no tenga la misma opinión o el mismo criterio que tiene la Ley 2/1996, sin embargo, no cabe duda que la Ley 2/1996 ha contemplado como una situación incompatible con el ejercicio del cargo público.

V.- El precedente o antecedente del caso JR Bauzá: el caso A. Salom.

Diversos parlamentarios del Grupo Popular del Parlament de les Illes Balears solicitaron en diciembre de 2001 a la Administración de la CAIB que declarase que, conforme a lo previsto en la Ley 2/1996,

incurría en causa legal de incompatibilidad Fatima Blanca , entonces Consellera de Sanidad y Consumo del Govern Balear y que, al mismo tiempo, ejercía en Palma de Mallorca la actividad de oficina de farmacia por sustituto

El 21 de diciembre de 2001 el Consell de Govern acordó el archivo del expediente iniciado al respecto.

Contra ese acuerdo los parlamentarios del Grupo Popular presentaron un recurso de reposición que no llegaría a ser resuelto expresamente, con lo que, entendiéndolo desestimado y agotada de ese modo la vía administrativa, esos mismos parlamentarios del Grupo Popular acudieron a este Tribunal, tramitándose al respecto el recurso contencioso-administrativo nº 618/2002, terminado por la sentencia de la Sala nº 956/2007 .

La sentencia de esta Sala nº 956/2007 estimó el recurso y, en resumen, declaró que Fatima Blanca había incurrido en causa legal de incompatibilidad prevista en el la Ley 2/1996.

La sentencia 956/2007 cuenta con un voto particular, del que cabe ahora decir que concluye que Fatima Blanca no había incurrido en causa legal de incompatibilidad porque tenía que considerarse que al haber nombrado un sustituto para la farmacia, la Ley de la CAIB 7/1998 , de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de las Islas Baleares, le daba a ese sustituto las mismas funciones y responsabilidades profesionales que tenía Fatima Blanca , con lo que se consideraba así que operaba la excepción de compatibilidad al entenderse que aquello que Fatima Blanca hacía la mismo tiempo era ejercer el cargo público de Consellera del Govern Balear y administrar su patrimonio personal.

Pues bien, el caso JR Bauzá es prácticamente el mismo que el caso A. Salom, variando únicamente el cargo y el lugar en el que se encuentra abierta al público la oficina de farmacia, que el caso JR Bauzá es el de President del Govern y Marratxi, respectivamente.

El President del Govern Cayetano Julian tomó posesión el 18 de junio de 2011 y el 7 de mayo y 18 de junio de 2012 los ahora recurrentes, Grupo Parlamentario Socialista en el Parlament de les Illes Balears y el Grupo Parlamentario PSM-IV-MES per Menorca, solicitaron a la Administración de la CAIB, en síntesis, que declarase que el President Cayetano Julian incurría en causa legal de incompatibilidad, conforme a lo previsto en la Ley 2/1996.

El resultado de esas solicitudes fue el mismo que había obtenido el Grupo Parlamentario Popular en caso A. Salom, es decir, un acuerdo del Consell de Govern por el que se archivaban las actuaciones iniciadas.

Pero ahora mismo lo que merece la pena resaltar es que dos supuestos que, en lo que jurídicamente importa, son idénticos por completo, como lo son los casos A. Salom y JR Bauzá, sujetos ambos, pues, a unas mismas normas, sin embargo, cada uno de ellos ha obtenido una respuesta jurídica de este Tribunal diametralmente opuesta a la que ha obtenido el otro.

VI.- La legitimación de los parlamentarios de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas para promover el control judicial: el caso M. Chaves y el caso JR Bauzá.

Las coincidencias del caso A. Salom con el caso JR Bauzá son tan evidentes como igualmente lo es que uno y otro de los implicados

pertenecen a distintos partidos políticos, siendo los promotores de las declaraciones de incompatibilidad en cada caso adversarios políticos.

En una situación así es común que no parezca probable que la doctrina fijada por el Tribunal en el caso A. Salom mutase en el caso JR Bauzá.

Por lo tanto, con el claro propósito de evitar un segundo pronunciamiento del Tribunal, es decir, para que no se diera pronunciamiento sobre el fondo del caso JR Bauzá, la Administración de la CAIB y el afectado han interesado desde el primer momento que el Tribunal declarase inadmisibile el recurso, invocándose para ello, en resumen, que el caso JR Bauzá es idéntico al caso M. Chaves.

Esa tesis, formulada ya como alegación previa, fue rechazada entonces por la Sala, pero no por unanimidad puesto que dos Magistradas formularon un voto particular.

Y reproducida esa tesis en las contestaciones a la demanda, la sentencia vuelve a rechazarla.

Pues bien, perdida esa votación por las Magistradas que ya habían formulado voto particular ante la decisión de la Sala en el trámite de alegaciones previas, se ha anunciado otro voto particular, ahora a la sentencia. Es de suponer que dicho voto particular, reiterará los argumentos expuestos en el anterior voto particular a la decisión de la Sala de desestimar las alegaciones previas formuladas por las partes demandadas en el juicio.

Puestas así las cosas, en la votación sobre el fondo del caso JR Bauzá, esas dos Magistradas son las que suman sus votos al voto del Ponente y autor del voto particular a la sentencia de la Sala nº 956/2007, quedando de ese modo conformada la decisión de la Sala, es decir, la sentencia del caso JR Bauzá.

Como ya he señalado al principio, coincido con la decisión de la sentencia sobre el rechazo de la causa de inadmisibilidad del recurso esgrimida por la CAIB y por el afectado, pero me parece oportuno explicar con algún detenimiento por qué el caso M. Chaves es distinto al caso JR Bauzá.

En síntesis, el caso M. Chaves se refiere a una causa de abstención en tanto que el caso JR Bauzá se refiere a una causa de incompatibilidad.

Los hechos del caso M. Chaves son los siguientes:

1.- El 13 de enero de 2009 el Consejo Rector de la Agencia de Innovación y Desarrollo Económico de Andalucía concedió determinado incentivo a una empresa canadiense en la que desde el 2 de julio de 2007 trabajaba como responsable de su departamento jurídico una hija del Presidente de la Junta de Andalucía.

2.- El 20 de enero de 2009 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, presidido por Blas Porfirio, ratificó esa decisión del Consejo Rector de la Agencia de Innovación y Desarrollo Económico de Andalucía.

3.- Parlamentarios del Grupo Popular denunciaron que Blas Porfirio habría infringido el deber de inhibición impuesto por el artículo 7 de la Ley andaluza 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.

4.- El 31 de julio de 2009 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía acordó no incoar expediente sancionador.

5.- Contra ese acuerdo se interpuso el recurso contencioso-administrativo nº 719/2009 que fue estimado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla.

6.- Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se interpuso recurso de casación que fue resuelto por la sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 -ROJ: STS 6205/2011, recurso nº 902/201 -.

7.- La sentencia Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 , en resumen, declaró inadmisibile por falta de legitimación el recurso contencioso-administrativo promovido por el Grupo Popular.

La decisión de la sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 -ROJ: STS 6205/2011, recurso nº 902/201 - se basa en lo siguiente:

1.- Los parlamentarios del Parlamento de Andalucía tienen la obligación legal de controlar la acción de gobierno de la Junta de Andalucía.

2.- El control parlamentario de la acción de gobierno se tiene que llevar a cabo mediante los instrumentos y garantías recogidas en el ordenamiento constitucional y estatutario y en los reglamentos de las asambleas legislativas, es decir, " ... directamente con los medios que tienen reconocidos en el seno de las relaciones entre el Parlamento y el Consejo de Gobierno o ante la opinión pública... ."

3.- Esa atribución de los parlamentarios para llevar a cabo el control de la acción de gobierno no se extiende a la legitimación para actuar en el proceso contencioso- administrativo.

4.- El parlamentario o Grupo parlamentario que pretenda ejercer el control de una o varias acciones de gobierno mediante recursos contencioso-administrativos tiene que acreditar que cuenta con la legitimación precisa para actuar en el proceso contencioso-administrativo, es decir, ha de demostrar que es portador de un derecho o interés legítimos afectado.

Hay que tener en cuenta siempre que en materia de legitimación para emprender acciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciada para todos los casos, es decir, la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, pero en todo caso es insoslayable tener en cuenta las dos consideraciones de partida siguientes:

1.- El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y su manifestación en esta jurisdicción contencioso-administrativa, es decir,



el principio pro actione, no implica en modo alguno una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las leyes ni debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles

2.- La Administración no puede desconocer en vía contencioso-administrativa la personalidad reconocida en vía administrativa, aunque no sean coincidentes los términos de la legitimación en vía administrativa con los propios de la vía jurisdiccional.

Para que la pretensión procesal de los parlamentarios o de los partidos políticos pueda ser enjuiciada por el Tribunal es preciso que los parlamentarios o los partidos políticos, como cualquier otra persona física o jurídica, ostenten legitimación procesal, lo que significa que se encuentren en una determinada relación con el objeto del litigio.

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el concepto y las notas definidoras del "título legitimador" han ido evolucionando desde la exigencia de la titularidad de un derecho a la de un interés directo, y desde el interés directo al interés legítimo.

Las sentencias del Tribunal Constitucional números 60//2001 , 203/2002 , 10/2003 , 73/2004 , 73/2006 , 226/2006 y 52/2007 insisten en que la normas procesales deben ser interpretadas en sentido amplio, siendo así el interés legítimo identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida.

El interés legítimo se caracteriza, pues, como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo, actual o futuro pero cierto.

Esa relación material se entiende referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real, es decir, no potencial o hipotético.

El interés legítimo supone, en definitiva, la titularidad potencial por parte de quien ejercita la pretensión de una ventaja o de una utilidad jurídica que no necesariamente tiene que ser de contenido patrimonial. Esa ventaja o utilidad, como es lógico, se materializaría si prospera la pretensión.

Por lo tanto, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida.

En el caso JR Bauzá la Administración de la CAIB y el afectado basaban sus alegaciones previas en aquello que consideraban que se desprendía de la mencionada sentencia la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 -ROJ: STS 6205/2011, recurso nº 902/2011 -.

Pues bien, mantenida la tesis de la concurrencia de causa de inadmisión en las contestaciones a la demanda, en las conclusiones presentadas en el juicio se ha añadido en apoyo de esa tesis la reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 - ROJ: STS 1093/2014, recurso nº 4453/2012 -. Esa sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo recuerda la doctrina de la legitimación activa y su plena aplicación a los partidos políticos, con lo

que reitera que para el control de la acción de gobierno, sea de actos o sea de disposiciones normativas, es preciso contar con un concreto interés legítimo, es decir, para ese caso, versando sobre determinada Orden de desarrollo de una norma, no bastaba que el recurrente, que era el PSOE, pudiera presentar solamente una relación entre dicha Orden y los fines de política general que ese partido político persigue.

Las dos sentencias del Tribunal Supremo a las que me acabo de referir -ROJ: STS 6205/2011, recurso nº 902/2011 y ROJ: STS 1093/2014, recurso nº 4453/2012 - tratan de casos de control de específicas acciones de gobierno, sea de actos o sea de disposiciones, requiriéndose en tales casos un concreto interés legítimo al respecto que en ninguno de esos dos casos pudo presentarse.

El caso JR Bauzá es distinto. El caso JR Bauzá se refiere a la concurrencia de una causa de incompatibilidad y no ha de perderse de vista que los parlamentarios son los electores del President del Govern - artículo 54,1º del Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica 2/1983 y modificado por la Ley Orgánica 1/2007, artículos 86.2 , 141 y 142 del Reglamento del Parlamento de las Illes Balears y artículo 3 de la Ley CAIB 4/2001 -.

En consecuencia, ha de reconocerse que los parlamentarios disponen de un concreto interés legítimo respecto a si es que acaso el candidato que propone o propuso el President del Parlament a la cámara incurre en causa legal de incompatibilidad para ocupar el cargo público de President del Govern.

De todo lo anteriormente expuesto sobre el caso M. Chaves ya se desprendía con claridad una notable diferencia con el caso JR Bauzá.

Ocurre que el caso M. Chaves es un supuesto de pretendido control judicial de una concreta acción de gobierno por parlamentario o grupo parlamentario no legitimado, es decir, por quien carecía de un derecho o interés legítimo afectado, en concreto por la concesión de un incentivo a la empresa en la que trabajaba una hija del Presidente de la Junta de Andalucía, quien no se había abstenido sino que confirmó la concesión en sesión del Consejo de Gobierno.

Se trataría así de un supuesto incardinable en el tercero de los mecanismos que garantizan la determinación objetiva del interés general por parte de los cargos públicos

-véase el apartado IV de este voto particular-.

En efecto, el caso M. Chaves es un posible supuesto de causa de abstención, es decir, de aquellas causas que operan sobre un cargo público que sin ser inelegible y sin incurrir en causa de incompatibilidad, sin embargo, debe inhibirse de conocer de un asunto concreto cuando ese conocimiento pudiera poner en peligro la imparcialidad del cargo público de que se trate.

En cambio, el caso JR Bauza está desligado de una concreta acción de gobierno y se refiere a la posible concurrencia de una causa legal de incompatibilidad para el ejercicio del cargo público de President del Govern, es decir, se trata así de un supuesto incardinable en el segundo de los mecanismos que garantizan la determinación objetiva del interés general por parte de los cargos públicos.

Si ahora mismo se vuelve la vista sobre el caso A. Salom, que es todo lo parecido al caso JR Bauzá que ya he explicado antes, sin

embargo, puede extraerse una diferencia a la vista del problema de la legitimación a que acabo de referirme.

La incompatibilidad de Fatima Blanca arrancaba de su nombramiento, es decir, de una específica acción de gobierno, en concreto del nombramiento como Consellera de Fatima Blanca , lo que es una atribución de dirección del President - artículo 11.d de la Ley de la CAIB 4/2001 -.

Por consiguiente, a los parlamentarios les incumbía el control parlamentario de esa decisión, pero para poner en marcha el control judicial hubieran precisado de una legitimación que en ese caso ni se les pidió ni se les opuso su falta, pero que bien podría haber ocurrido, en concreto si la Administración de la CAIB, es decir, si la Administración entonces demandada -que es la misma que lo es en el caso JR Bauzá- hubiera tenido en cuenta en aquella ocasión lo que ahora sí que ha querido tener en cuenta, es decir, que a los parlamentarios les es exigible para acudir al control judicial

lo mismo que al resto de ciudadanos, esto es, estar legitimados, lo que ya había sido señalado por el Tribunal Supremo incluso bastante antes de que se resolviera el caso A. Salom por la sentencia de la Sala nº 956/2007 - sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero y 11 de julio de 2003 , recursos de casación números 53/2000 y 15/2001, respectivamente , y sentencias de 6 de abril de 2004 , 18 de enero de 2005 y 20 de enero de 2009 , recursos de casación números 34/2002 , 22/2003 y 1238/2006 , respectivamente-.

En ese sentido, el caso A. Salom es como el caso M. Chaves, sobre el que versa la sentencia la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011 -ROJ: STS 6205/2011, recurso nº 902/2011 -.

No hace falta decir que, de haberse planteado entonces la causa de inadmisión que ahora ha planteado la Administración de la CAIB y el afectado, el caso A. Salom no hubiera debido ser examinado por la Sala en cuanto al fondo sino que ese recurso sí que hubiera tenido que ser declarado inadmisibile.

VII.-Sobre si al caso JR Bauzá le corresponde en Derecho una respuesta como la que este Tribunal dio al caso A. Salom en la sentencia nº 956/ 2007 .

La sentencia de la Sala nº 956/2007 contiene una orientación jurídica muy precisa y que -a mi juicio sin razón- ha sido deliberadamente abandonada por la sentencia de la mayoría en el caso JR Bauzá.

En efecto, en estos casos importa poco o nada qué es lo que diga la normativa sectorial de ordenación farmacéutica, que no es sino que se designe un sustituto y qué es lo que en adelante ese sustituto tendrá que hacer y de qué se responsabilizará en el despacho habitual al público que se incardina o forma parte de la actividad de oficina de farmacia -Ley de la CAIB 7/1998, de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de las Illes Balears-.

Ocurre que las funciones que incumben al sustituto del farmacéutico titular y las responsabilidades de ese farmacéutico sustituto se extienden -y limitan- a las meramente profesionales, es decir, el negocio sigue en manos del titular y la decisiones empresariales -todas- corresponden, como es natural, al empresario y no al empleado del empresario.

La sentencia de la mayoría no lo ha tenido en cuenta y muestra así la consistencia real de su argumentación y las dudas que alberga sobre el caso. Un poco más adelante haré un breve repaso a esas consideraciones de la sentencia de la mayoría.

Lo verdaderamente trascendente para resolver el caso JR Bauzá no se puede pues desprender -ni extraer- del papel que al sustituto le atribuye -o reserva- la normativa farmacéutica.

Al fin, el sustituto del farmacéutico, desde la perspectiva de la actividad empresarial, no deja de ser un simple empleado del titular de la oficina de farmacia, es decir, un trabajador por cuenta ajena.

Por lo tanto, la respuesta a la pregunta clave de estos casos, es decir, la respuesta a la cuestión de si es jurídicamente compatible o no el ejercicio de la actividad de oficina de farmacia por sustituto con el cargo público de President del Govern, se debe obtener de la norma que la tiene que dar, es decir, ha de conseguirse directamente de la Ley de la CAIB 2/1996, de incompatibilidades de los miembros del gobierno y de los altos cargos

Como es sabido, en la Administración General del Estado rige la Ley 5/2006 y su reglamento, aprobado por el Real Decreto 432/2009, pero esa normativa diferenciada no es aplicable al caso JR Bauzá.

Además, de la Ley de la CAIB 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, tampoco se desprende consecuencia alguna para el caso JR Bauzá.

En efecto, a las incompatibilidades de que tratamos se refiere el artículo 35, referido a la dedicación exclusiva al cargo público y que deja las cosas como estaban ya que establece lo siguiente:

"1.- Los miembros del Gobierno y altos cargos tienen que ejercer sus funciones con dedicación exclusiva y no pueden compatibilizar su actividad con el cumplimiento, por sí mismos o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, tanto si son de carácter público como privado, por cuenta propia o ajena. El personal a que se refiere este artículo no puede compatibilizar su cargo o puesto de trabajo con la condición de representante electo en colegios profesionales, cámaras o entidades que tengan atribuidas funciones públicas o coadyuven a ellas.

2.- Asimismo, tampoco pueden percibir ninguna otra remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes, ni ninguna otra percepción que de manera directa o indirecta provenga de una actividad privada.

3.- En ambos puntos, se tienen que tener en cuenta las excepciones que marca la normativa reguladora de incompatibilidades de miembros del Gobierno y altos cargos de la comunidad autónoma de las Illes Balears."

La sentencia de la mayoría, como ya he señalado antes, acude continuamente a la normativa sectorial de ordenación farmacéutica y se apoya repetidamente en esa normativa sectorial farmacéutica, tratándose con ello de hacer ver, en definitiva, que de esa normativa se desprende que lo que llevaría a cabo el titular de la oficina de farmacia que ejerce esa actividad por sustituto sería una actividad de gestión de su patrimonio personal, es decir, la actividad exceptuada en la que la



sentencia asienta el juicio de compatibilidad del caso JR Bauza - artículo 7.a. de la Ley 2/1996 -.

En ese sentido, la sentencia de la mayoría, por ejemplo, considera que en el caso JR Bauzá no existe incompatibilidad porque la Ley 7/1998, de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de las Islas Baleares, no le permite abrir sucursales, con lo que se quiere decir, sencillamente, que no puede hacer crecer el negocio. Pero esa apreciación no es acertada. Pregúntense si acaso no es actuación para hacer crecer el negocio sea la ampliación de local, sea el traslado del local, etc., etc.

Las siguientes consideraciones de la sentencia de la mayoría en esta misma línea todavía me parecen más desaconsejables. Por ejemplo, se cita que las actividades permitidas no son ilimitadas. Pues claro, pero una sencilla ojeada a varias oficinas de farmacia nos permite ver que no en todas se vende lo mismo; y eso no lo decide el sustituto del farmacéutico titular. Y que exista un espacio territorial limitado para trasladarse tampoco dice más, precisamente porque está permitido tomar esa decisión; y, por supuesto, esa es también una decisión empresarial que tampoco la va a tomar el sustituto. Y qué decir de la invocación a los horarios de apertura, de la que la más significativa restricción que la sentencia de la mayoría observa es que deban ser comunicados a la Administración. Casi tampoco hay que insistir más en si será el que ejerce la actividad por sustituto o el sustituto mismo quién tomará esa y todas las decisiones de índole empresarial.

Es indudable que el titular que ejerce la actividad por sustituto no dispensa ni atiende clientes, que es lo que le incumbe al empleado que para ello se contrata y que no es sino el farmacéutico sustituto, quién, como farmacéutico frente al público, está, pues, a cargo de las funciones y responsabilidades profesionales como tal, cuyo escrutinio incumbe a la organización corporativa. Es por eso que la Ley 7/1998

señala que el titular es sustituido en sus funciones y responsabilidades, pero en las funciones y responsabilidades profesionales. Y es tan lógico como jurídico que el sustituto está por completo al margen de todas y cada una de las funciones y responsabilidades empresariales, que siguen recayendo en el titular de la oficina de farmacia.

La sentencia de la mayoría, que no toma en cuenta todo lo antes señalado, se defiende afirmando que si es que el titular hace -o ha hecho- algo más, debería haberse probado. Pero es que no hay nada que probar. El sustituto es un empleado, atiende al público y recoge las funciones y responsabilidades profesionales del farmacéutico, en tanto que el negocio, que creo que no hace falta decir que sigue en activo, sigue así a cargo del titular, que toma las decisiones empresariales que haya que tomar, que pueden ser más o menos. Pero no hace falta ni que se tomen ni que se prueben las que se tomen para concluir que al frente -y en la dirección- del negocio sigue el titular. En definitiva, la sentencia de la mayoría considera que al titular de la oficina de farmacia cuya actividad continua mediante sustituto lo único que le corresponde hacer, puede hacer y hace es "... percibir la rentabilidad económica de empresa....", lo que quiere decir que el titular se limita a que el sustituto le entregue el producto de la caja del negocio. Y no solo eso, sino que la sentencia de la mayoría concluye que el sustituto administra la empresa del titular. Creo que no es necesario ya hacer más comentarios sobre esta cuestión.

La sentencia, pues, a mi juicio no acierta al calibrar el peso real de la norma sectorial en los casos de incompatibilidades. Pero no solo es eso. Ocurre también que la sentencia se olvida -y me parece inaceptable- que tiene el deber de interpretación restrictiva de las actividades compatibles, de modo que puede verse en la sentencia como lleva a cabo alguna interpretación analógica de los supuestos de compatibilidad recogidos en la Ley 2/1996, como la de la compatibilidad recogida en el artículo 4.- vease apartado C ) 5º de la relación argumental del tercer fundamento de derecho, folio 21 de la sentencia de la mayoría-.

A mi juicio la sentencia de la mayoría debería haber tenido en cuenta que la Ley 2/1996 es una Ley de incompatibilidades con supuestos de compatibilidad tasados y limitados, es decir, se trata de una Ley en la que la regla o principio general -y absoluto- de incompatibilidad que en ella se proclama en su Exposición de Motivos y se establece en su articulado, si bien en el propio articulado se excepciona, en definitiva, se excepciona únicamente en supuestos muy concretos y, desde luego, todos esos supuestos concretos excepcionados son de insoslayable interpretación restrictiva o restringida.

La sentencia de la mayoría, como puede verse en el apartado A) de su tercer fundamento de derecho, incluso reseña la Exposición de Motivos y el artículo 3.3 de la Ley 2/1996 , pero inexplicablemente no saca las debidas consecuencias.

La Ley 2/1996 derogó los artículos 9 y 32 de la Ley de la CAIB 5/1984 y señaló en su Exposición de Motivos, primero, que "...cal afrontar una reforma del vigent règimen d' incompatibilitats... ."; segundo, que se consideraba que era necesario por completo "...un autentic control ..."; tercero, que era preciso que esa reforma del règimen hasta entonces previsto en la Ley de la CAIB 5/1984 "... aprofundeixi en la garantia de l' objectivitat, imparcialitat i transparència de les activitats i funció dels gestors publicis ..."; y, cuarto, que la reforma indicada parte "... del reforçament d' una dedicació absoluta i exclusiva ...".

De ese modo tan tajante, la propia Exposición de Motivos de la Ley 2/1996 proclama como principio o base que inspira la reforma que emprende la implantación de una incompatibilidad absoluta y exclusiva, únicamente alterable en relación a actividades "... limitades y taxades ...".

Sobre esa base, el artículo 3.3 de la Ley 2/1996 establece el principio general de incompatibilidad absoluta y exclusiva, esto es, la Ley 2/1996 impide así, en resumen, el desempeño de cualquier actividad que dificulte el ejercicio del cargo público o que ponga en entredicho la imparcialidad en el ejercicio de ese cargo público. Y, como enseguida veremos, los artículos 4.1 y 5.1 de la Ley 2/1996 se dedican precisamente a señalar cuáles son esas actividades.

Además, la sentencia de la mayoría tampoco ha tenido en cuenta que la Ley CAIB 4/2001, del Govern de las Illes Balears, es decir, una Ley posterior a la Ley 2/1996, la ha reforzado todavía más.

En efecto, el artículo 4.1 de la Ley CAIB 4/2001 señala que al President del Govern, por supuesto, le es aplicable la Ley 2/1996, pero incluso por encima de lo que de la Ley 2/1996 resultase, la Ley CAIB 4/2001 remarca que el cargo de presidente es incompatible con el ejercicio de cualquier actividad profesional o mercantil.

Hemos visto que la Ley 2/1996 proclama el principio de general de incompatibilidad del desempeño del cargo público con el de otra actividad, pública o privada y que ese principio general de incompatibilidad del desempeño del cargo público cede únicamente ante el ejercicio de determinadas actividades exceptuadas, siendo éstas limitadas y tasadas, es decir, de ineludible interpretación restrictiva, lo que la sentencia de la mayoría desconoce.

El artículo 4.1 de la Ley 2/1996 , al que ya he aludido antes, establece lo siguiente:

"1.- Los miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma, Directores generales, Secretarios generales técnicos y demás titulares de los cargos o puestos de trabajo a los que se refiere el art. 2 de la presente Ley , ejercerán sus funciones en régimen de dedicación absoluta y exclusiva y no podrán compatibilizarlas con el desempeño, por sí o mediante sustitución o apoderamiento , de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena y, del mismo modo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración que no sea la que corresponde al cargo o puesto de trabajo del que se derive la incompatibilidad proclamada en el art. 2 de esta Ley ."

Y el artículo 5.1 de la ley 2/1996 precisa lo siguiente:

"1.- En aplicación directa de los principios generales establecidos en el artículo 3 de esta Ley , los titulares de los cargos y puestos de trabajo a que se refiere el artículo 2 no podrán ejercer, en consonancia con las normas comunes recogidas en el artículo 4.1, ni por sí ni mediante sustitución o apoderamiento, ninguna otra actividad o función profesional , mercantil , industrial o laboral, pública o privada, por cuenta propia o ajena, que sea retribuida mediante sueldo, arancel, honorarios, comisión, compensación o de cualquier otra manera, exceptuando las autorizadas expresamente en este título de la Ley."

Pues bien, en cuanto a la compatibilidad con actividades privadas, el artículo 7.a. de la Ley 2/1996 establece lo siguiente:

" El ejercicio de los cargos o de los puestos de trabajo a que se refiere esta Ley será compatible , siempre que éste no comprometa la imparcialidad o la independencia en sus funciones, con las siguientes actividades privadas :

a) Las de mera administración del patrimonio personal o familiar."

Esa compatibilidad también aparece reconocida en el artículo 4.2.a de la Ley CAIB 4/2001 .

Es claro que la Ley 2/1996 -artículo 4.1 - no permite compatibilizar el cargo de President del Govern con el desempeño mediante un sustituto de una actividad privada por cuenta propia. Y también es pacífico que la actividad de oficina de farmacia es una actividad privada por cuenta propia.

Por lo tanto, si el desempeño de la actividad de oficina de farmacia por sustituto, que es en lo que consiste el caso JR Bauzá, fuera lo que la sentencia de la mayoría supone, es decir, una actividad de gestión del patrimonio personal, eso querría decir, pues, que el caso JR Bauzá era una excepción a la regla general de incompatibilidad.

Y puestas así las cosas, como quiera que no sea posible aceptar en términos jurídicos que la excepción inutilice o invalide la regla general, de ahí deriva que sería preciso que la sentencia de la mayoría hubiera identificado qué otras posibles actividades que el titular ejerce por medio de sustituto son incompatibles. Por lo menos una. Pero la sentencia de la mayoría ni se lo plantea.

El President del Govern, que tiene la obligación de ejercer sus funciones en régimen de dedicación absoluta y exclusiva, no tiene permitido por la Ley compatibilizarlas con el desempeño de la actividad de oficina de farmacia por medio de sustituto ya que la oficina de farmacia es un elemento que por su propia naturaleza no puede formar parte del patrimonio personal.

En efecto, lo que sí que puede formar parte del patrimonio personal es la autorización o título administrativo que habilita para la apertura de una oficina de farmacia. Ahora bien, la autorización administrativa no forma parte del patrimonio personal sino cuando se ha producido el cese de la actividad de oficina de farmacia, esto es, por ejemplo, cuando el titular de la oficina de farmacia se jubila y, por consiguiente, cesa en la actividad. Por lo tanto, la autorización administrativa que habilita para la apertura de una oficina de farmacia no forma parte del patrimonio personal cuando la actividad continúa mediante sustituto del titular.

En definitiva, pues, la oficina de farmacia forma parte del patrimonio empresarial o profesional.

La sentencia de la mayoría comprende que existe en la Ley 2/1996 una regla general de incompatibilidad y una excepción consistente la actividad de gestión del patrimonio personal, pero considera, a mi juicio sin ninguna razón aparente, que la Ley le ha dejado al Tribunal la libertad para interpretar si una u otra actividad, en síntesis, impide el cumplimiento de deberes o compromete la imparcialidad del cargo público.

Como digo, eso no es así. La Ley se ha encargado de decir con toda claridad cuáles son las actividades incompatibles. Lo dice la Ley 2/1996 en sus artículos 4.1 y 5.1 ; y para lo que al caso JR Bauzá interesa, la Ley establece como actividad incompatible con carácter general y absoluto el ejercicio por sustituto de una actividad mercantil privada por cuenta propia.

Ocurre que la sentencia de la mayoría, en realidad, no quiere ni hablar del caso que se da, que es un caso de ejercicio de actividad de

oficina de farmacia por sustituto, de manera que cuando la sentencia de la mayoría quiere concretar a qué se refiere el caso que resuelve lo dice así: ".....la cuestión litigiosa se centra en determinar si la propiedad de una oficina de farmacia, supone mero patrimonio personal o familiar cuya administración es, o no, incompatible con la de miembro del gobierno ".

A continuación la sentencia de la mayoría señala que "... la titularidad de empresa como supuesto de patrimonio personal o familiar exceptuado de la regla general, es admitido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero con limitaciones ."

Y como soporte de esa consideración la sentencia de la mayoría hace referencia a la sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2013 - ROJ: STS 2638/2013, recurso de casación nº 129/2012 - y a otras que en esa sentencia se recogen.

Al respecto me interesa ya dejar sentadas dos precisiones:

1.- Todas las sentencias que se citan en la sentencia de la mayoría se refieren a casos de funcionarios, es decir, a empleados públicos incluidos en uno de los dos ámbitos de las Administraciones Públicas, a lo que me he referido en el apartado IV de este voto particular. Sin embargo, el caso JR Bauzá es un caso de cargo público, es decir, correspondiente al otro ámbito de las Administraciones Públicas, donde las cautelas se refuerzan, básicamente para evitar en la medida de lo posible perniciosos efectos como, por ejemplo, los siempre indeseables efectos de las maniobras alrededor de la conocida técnica de "la puerta giratoria". Seguramente no hace falta indagar de qué precisa manera el President puede, por ejemplo, proteger o nutrir el "radio de acción" de su oficina de farmacia, con lo que bastará



recordar que el President, primero, establece las directrices generales de la acción de todos los departamentos o , lo que

es lo mismo, de todos los miembros del Govern; segundo, que puede impartir para ello las instrucciones que le parezca; y, tercero, que la efectividad de todo lo anterior se garantiza con la potestad que la Ley ha puesto en manos del President para nombrar y separar libremente a Consellers y Vicepresidentes - artículo 11.a . y d. de la Ley CAIB 4/2001 -.

2.- De las siete sentencias en que se apoya la sentencia de la mayoría, todas ellas referentes a funcionarios públicos, como ya he dicho, en seis de ellas se confirma la decisión en favor de la incompatibilidad. Y la séptima cuenta con un voto particular que creo que merece atención. Se la prestaré más adelante.

Como vengo diciendo, la sentencia de 30 de abril de 2013 , al igual que las que en ella se recogen, es decir, en todos esos casos, casi todos ellos referentes a funcionarios miembros de la Guardia Civil, salvo uno, referente a otro empleado público, en ese caso un Letrado de las Cortes, en definitiva, en cada uno de los seis casos las sentencias correspondientes han confirmado que cada uno de los seis afectados incurrían en causa legal de incompatibilidad.

En la sentencia de la mayoría, como digo, se recogen otras, todas ellas de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. La primera es de fecha 10 de enero de 2002 -ROJ: STS 42/2002 , recurso de casación nº 60/2001- y se refiere al caso de un guardia civil que compaginaba su trabajo con la actividad de representante comercial-. La segunda es de fecha 17 de enero de 2003 -ROJ: STS 140/2003, recurso de casación nº 116/2002- y se refiere a un guardia civil que compaginaba sus funciones con el ejercicio de la actividad de administrador de una empresa. La tercera

es de fecha 4 de julio de 2003 - ROJ: STS 4695/2003, Recurso de casación nº 236/2002- y se refiere a otro guardia civil que compaginaba sus funciones con la actividad de administrador de una sociedad mercantil. La cuarta es de fecha 14 de septiembre de 2009 - ROJ: STS 5951/2009, recurso de casación nº 31/2009- y es igualmente de un guardia civil que compaginaba sus funciones con la actividad de administrador de una sociedad mercantil. Y la quinta es de fecha 21 de septiembre de 2009 -ROJ: STS 6193/2009, recurso de casación nº 45/2009- y se refiere a un guardia civil que compaginaba sus funciones con las tareas de comunero de una Comunidad de Bienes que se dedicaba a la gestión, entre otras cosas, de fincas y seguros.

En definitiva, la doctrina que se proyecta sobre cada uno de esos casos -y que ha dado siempre el resultado funcionario incompatible- es que se considera actividad de mera administración del patrimonio personal aquella que mantiene o conserva bienes y recursos ya integrados en ese patrimonio personal. Y, por el contrario, no se considera actividad de mera administración del patrimonio personal aquella " cuyo ejercicio regular precisa de la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa ".

Pues bien, ya puede verse que esto último es lo que en el caso JR Bauza se da, es decir, el ejercicio de una actividad regular que preciso en su día de autorización administrativa y que ahora se ejerce por sustituto.

La sentencia de la mayoría no recoge completa la doctrina de esas sentencias sino que, como en ella puede verse, recoge únicamente los componentes de dos alternativas, pero omite precisamente la referencia que acabo de transcribir.

De ese modo tan traumático la sentencia de la mayoría zanja y da por desvirtuadas alegaciones de los demandantes que ponían en juego el derecho fiscal y sus conceptos.

Más adelante veremos cómo en un significativo voto particular a una sentencia del Tribunal Supremo también se ponen en juego deducciones tan sencillas como indicativas de la envergadura real de la actividad empresarial de una afectada por incompatibilidad.

Llegados a este punto, puede ser de interés hacerle una prueba de resistencia a la proposición de la sentencia de la mayoría, es decir, si partimos de que el titular de una oficina de farmacia que continua la actividad por sustituto debe entenderse que su actividad real es meramente la de administrar su patrimonio personal, entonces seguramente responderíamos que tendría la consideración de incremento de patrimonio ordinario el beneficio obtenido con el traspaso de esa oficina de farmacia. Pero la respuesta no es correcta. Se está transmitiendo un negocio, en concreto se está transmitiendo el negocio de farmacia y se hace precisamente en un caso en el que el titular continua con la actividad, aunque sea por sustituto, es decir, la actividad no ha cesado, con lo que los beneficios derivados de su transmisión han de tenerse no como incremento de patrimonio ordinario sino como rendimientos de la actividad empresarial, de la actividad empresarial del titular, claro está, no del sustituto del titular, que es un simple empleado del empresario.

La sentencia de la mayoría se trata de apoyar también en otra sentencia del Tribunal Supremo. Es la sentencia de la Sección Primera de la Sala Quinta de 25 de enero de 2011 -ROJ: STS 1090/2011, recurso de casación nº 67/2010- que se refiere a una guardia civil que compaginaba sus funciones con la titularidad de un bar, en el que solía estar, bien que lo que se la viera hacer fuera únicamente poner la música de vez en cuando, habiéndose comprobado que fue ella misma la que contrató a tres trabajadores y la que contestaba los pliegos de

cargos referentes a procedimientos derivados de denuncias por retraso en el cierre.

Esta sentencia sí que considera que se trata de una actividad compatible y contiene también la siguiente doctrina que se reseña en la sentencia de la mayoría:

"La titularidad de un establecimiento comercial no tiene por sí la condición de actividad. Porque una persona sea titular de un establecimiento comercial no realiza actividad alguna; en consecuencia, ninguna cuyo ejercicio requiera el previo reconocimiento de compatibilidad. El hecho de ser titular de un bien no equivale al ejercicio de ninguna actividad, correspondiendo a la Administración probar que aquel realiza alguna."

La sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011 cuenta con un voto particular que revela la incorrección de la respuesta dada en esa sentencia y su contradicción con la propia doctrina de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, mereciendo la pena que deje constancia aquí de la clara definición que en ese voto particular se da de los perfiles jurídicos del caso, señalándose sobre esa agente de la guardia civil implicada en el conflicto que:

".....era titular de un establecimiento comercial catalogado como Bar de categoría especial y en razón de ello estaba dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, con medios de producción (las instalaciones del propio bar) y recursos humanos (los camareros contratados) ordenados por su cuenta a la actividad económica realizada, por lo que realizaba actividades empresariales, entrando de lleno en los supuestos contemplados en el artículo 14 de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, al ejercer como empresaria una actividad

mercantil, para la que, en principio y a tenor de dicho precepto, debía haber solicitado " el previo reconocimiento de compatibilidad ", que es requerido.

Tal criterio se compadece además con lo manifestado en otras ocasiones por la Sala cuando se han contemplado situaciones análogas, como es el caso de los administradores de las compañías mercantiles, ya sean únicos o compartiendo el cargo con otros en régimen de solidaridad o con carácter mancomunado, por cuanto que el desempeño del cargo de administrador, comporta el ejercicio de cometidos que pasan por la llevanza de la gestión y representación de la sociedad, y su ejercicio " requiere la obtención de declaración de compatibilidad para su desempeño, cualquiera que sean los actos concretos de gestión que llegaran a realizarse, en el caso de que fueran varios los administradores, porque entonces la actividad real o potencial es inherente al cargo que se asume " ( Sentencia de 14 de septiembre de 2009 ).

En el caso de una empresa individual, la titularidad del negocio y de las actividades que en él se desarrollen requiere la obtención de declaración de compatibilidad, cualquiera que sean los actos concretos de gestión que llegaran a realizar, porque la explotación del negocio es inherente a quien ostenta la titularidad y el giro o tráfico de la empresa".

En definitiva, en esta clase de casos la sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2013 -ROJ: STS 6124/2013, recurso de casación nº 341/2012 - ya ha señalado que ha de tenerse siempre muy presente qué es lo que debe entenderse como «actividad mercantil» dentro de la realidad social actual.

Y la realidad social nos muestra a las claras que la oficina de farmacia no es una mera actividad de gestión de patrimonio personal.

En efecto, la titularidad de la oficina de farmacia y el ejercicio de esa actividad por sustituto, que es lo que confluye en el caso JR Bauzá, supone que el titular de la oficina de farmacia, como he tratado de explicar, conserva un poder absoluto en las decisiones trascendentes de la misma, es decir, en las decisiones de negocio o empresariales.

Es justo, pues, reconocer que el vínculo económico-jurídico que existe entre la oficina de farmacia y el titular que ejerce la actividad por sustituto es de tal intensidad que no puede ser confundido con la mera gestión del patrimonio personal.

En consecuencia, el caso JR Bauzá debería haberse resuelto como el caso A. Salom, es decir, proyectando la doctrina de la sentencia de la Sala nº 956/2007 ; y ello una vez que el recurso referente al caso A. Salom no fue declarado inadmisibile, cuestión que ya he tratado en el apartado VI de este voto particular.

Puestas así las cosas, me parece necesaria una última reflexión: Para resolver estos casos, como cualquier otro, nunca se debe permitir llevarle la contraria al legislador.

Puede verse en la sentencia de la mayoría que el criterio u opinión que late en la misma es, en términos llanos, que "no puede ser" que un farmacéutico no pueda ser President del Govern. A esa idea se le da realce en la sentencia de la mayoría poniéndole a su servicio el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad - artículo 23.2 de la Constitución -.

Pues bien, se comparta o no esa opinión, en lo que ahora puede de verdad importar cabe decir, primero, que la Ley 2/1996 "no engaña"; segundo, que la Ley 2/1996 establece la regla general que establece y restringe que se excepcione, siempre mediante interpretación restrictiva; tercero, que el Tribunal no puede eludir la aplicación de la Ley; y, cuarto, que si el Tribunal considera que la Ley atenta contra un derecho fundamental lo que tiene que hacer es plantear la cuestión correspondiente ante el Tribunal Constitucional, pero no caben atajos, es decir, es inadmisibile por completo que el Tribunal deje de aplicar la Ley con la excusa de que es para salvaguardar el derecho fundamental.

No importa, pues, qué consideración pueda tener cada cual sobre la regla general de la Ley 2/1996 de incompatibilidad absoluta y limitadas y tasadas excepciones, es decir, da lo mismo si el Tribunal no comparte la decisión de la Ley sobre si era imprescindible semejante prohibición general.

Pero el Tribunal no legisla.

En Palma de Mallorca a 11 de junio de 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ILLES BALEARS SALA  
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Vot particular que, a l'empara del que disposa l'article 260.1 de la Llei Orgànica del Poder Judicial, formula el magistrat, president de la Sala , Il·lm. Sr. Gabriel Fiol Gomila a la sentència núm. 332 del dia d'avui 11 de juny de 2014 dictada a les presents actuacions 540 de 2012.

Amb tot respecte manifest la meva discrepància del criteri majoritari del Tribunal contingut en els tercer, quart i cinquè fonaments de dret de la dita resolució judicial, la qual cosa suposa que la decisió a la qual s'arriba, per la majoria, sigui clarament contrària a la que considero s'hauria d'haver arribat. S'accepta, en canvi, tota la reflexió jurídica que es fa al voltant de la legitimació activa dels recurrents plasmat, i reiteratiu ja, a dues interlocutòries anteriors rebutjant la causa d'inadmissibilitat esgrimida, primer per la part demandada, i, després, per la codemandada. S'accepten tan sols els fets explicats al segon fonament de dret en tot allò que no entri en contradicció amb el que a continuació exposaré.

Entenc que els raonaments jurídics i la decisió de la controvèrsia, haurien d'haver estat distints. Veiem la fonamentació que pertocaria:

#### FONAMENTS DE DRET

TERCER .- Tot el desenvolupament del litigi gira al voltant d'una única qüestió; a saber, si el president de les Illes Balears, Sr. Cayetano Julian és o no compatible per a l'exercici de les seves funcions com a tal a partir de la titularitat d'una botiga de farmàcia i, a la vegada, la condició de soci de dues empreses, una de forma unipersonal i l'altra mancomunada amb un objecte social, respectivament, de parafarmàcia i vinicoteca. És, en el meu parer, incompatible.

El debat, en la forma i manera en què ve plantejat, ha de prendre en consideració, fonamentalment, la incidència en el cas de tres lleis autonòmiques, una primera, la 2/1996, de 19 de novembre, d'incompatibilitat d'alts càrrecs; una segona, 7/1998, de 12 de novembre, d'ordenació farmacèutica i, tercera, 4/2011, de 31 de març, de les normes reguladores de la bona administració i del bon govern de les Illes Balears. Consideració que, així ho entenc, no ha estat



degudament valorada per la majoria de la Sala, la qual no ha pres en compte aquí els postulats dels articles 3.1 i 7.1 del Codi civil relatius a la interpretació de les normes i com i de quina manera s'han d'exercitar els drets.

Altra punt, derivat de l'anterior, que després explicaré, és el relatiu a què no s'ha entès degudament el criteri plasmat a la sentència majoritària núm. 956 que vàrem dictar el 16 de novembre de 2007 a les actuacions 618/2002 i a partir de l'afirmació que era "un supuesto sustancialmente idéntico". És, en efecte, un supòsit semblant; ara bé, no és supera el que en aquella es va resoldre.

Com tampoc estic d'acord en el que es considera, en el primer paràgraf del cinquè fonament de dret, una argumentació complementària i se'ns digui "a pesar de su irrelevancia para el caso". Tot és important, tot té la seva rellevància en la forma en què ve plantejat el litigi i el resultat al qual s'aspira.

QUART .- Després d'un plantejament inicial, al tercer fonament de dret, envers l'aplicabilitat dels articles 3.3, 4.1 i 5.1 de la Llei 2/1996, els quals per cert i fins i tot es transcriuen en la seva literalitat, la conclusió a la qual arriba la sentència majoritària - i això ho desenvoluparà a la lletra b) del fonament de dret 4rt. - és el que ella considera essencial; l'entrada en joc de la lletra a) de l'article 7 de la referida Llei d'incompatibilitats; és a dir, el de les activitats privades que ho són, tan sols, d'administració del patrimoni personal o familiar. Cita, als efectes, varies sentències del Tribunal Suprem per reforçar la seva tesi. Sentències que en el meu parer no són d'aplicació doncs no són equiparables quan d'un alt càrrec es tracta com aquí ho és del president de les Illes Balears. Ho són per altre tipus de personal funcional. Ergo, el criteri doctrinal plasmat en elles no ens serveix i no hauria d'haver servit a la sentència majoritària.

En qualsevol cas, fet aquest introito obligat, és important remarcar que la incompatibilitat, en majúscules, que es deriva de la Llei autonòmica 2/1996 és d'unes característiques força restrictives; no és pot fer, ni molt menys, una interpretació extensiva. Incompatibilitat funcional i objectiva i que ha de permetre garantir que l'Administració, a n'aquest cas autonòmica, a través de les persones que exerceixen alts llocs de responsabilitat, serveixen amb objectivitat i imparcialitat els interessos generals. El propi text de l'article 3.1 de la citada Llei destaca que el reflex més immediat es concreta en la incompatibilitat més absoluta que eviti l'exercici de qualsevulla activitat aliena que pugui impedir, dificultar o menyscar la disponibilitat per complir els seus deures i funcions pròpies del càrrec.

No s'ha d'oblidar, que la incompatibilitat és, jurídicament, la impossibilitat que una persona pugui exercir o ocupar, a la vegada, dos càrrecs o funcions distintes. Es podria citar aquí, en el que ens interessa, l'article 98.3 de la Constitució espanyola. El seu fonament constitucional descansa a l'article 103.3 i més, quan com succeeix en el cas, es tracta de membres d'executius i alts càrrecs. Cita que podem arrodonir amb l'article 41.4 de l'Estatut d'Autonomia.

És evident, com fa la sentència majoritària en el 5è paràgraf de la lletra A del 4t fonament de dret, que hi ha uns principis generals que després troben la seva aplicació directa a l'article 5.1 de la Llei 2/1996. Ara bé, la meua discrepància ho és en la introducció i interpretació extensiva, en contra del seus principis restrictius, que es fa de l'article 7.a) de la referida Llei, que no possibilita, donades les circumstàncies del cas, la seva aplicació; màxim si s'observa que tan sols aquí se'ns fa referència a la botiga de farmàcia i es deslliga la referència a la participació del Sr. Cayetano Julian en dues societats, com si, una vegada superat aquest bastió o baluard, ja no sigui rellevant la segona part i es col·loca a altra fonamentació posterior. Tot el contrari, entenc que va íntimament lligat.

A n'aquest magistrat, a l'igual que als altres, tampoc se'l planteja cap dubte que la titularitat d'un patrimoni immobiliari generador de rendes encaixa dins la redacció del reiterat article 7.a); però la pregunta que calia respondre adequadament, i no altra, era si el fet de tenir un substitut a la botiga - situació legalment permesa per l'article 11 de la Llei 7/1998, de 12 de novembre, d'ordenació farmacèutica - suposava per se , i tan sols per aquest motiu, en el cas d'un president de les Illes Balears, superar l'escull posat per la Llei 2 de 1996 i a la qual l'article 67 d'aquella si remet. Per mi no ho supera.

No ho supera, entre altres consideracions, per si la diferència real en què la botiga estigui servida per un substitut ho és, tan sols i res més, d'una simple cobertura que, en realitat, és el cas - el substitut és, no altra cosa, un empleat -. També ho seria, ho és, altre escull, el fet que un titular d'una farmàcia, malgrat aquesta estigui activa i oberta amb un substitut, pot veure afectada la seva imparcialitat per la propietat d'un negoci situat al voltant de les decisions jurídiques i/o públiques que adopti el president de les Illes Balears, precisament com a president del seu govern.

A més, hi ha que remarcar-ho, ens trobem en presència d'una activitat empresarial que genera i suposa guanys patrimonials. Fins i tot es pot al·ludir a què dins el camp tributari la possible venda del negoci s'inclouria, precisament, com a guanys patrimonials que no pas rendes derivades del patrimoni personal o familiar. És evident, no hi cap dubte, que la botiga forma part del patrimoni professional. És una activitat mercantil.

Aquest punt cal entrellaçar-ho, a continuació, amb la cita que feia abans de la sentència núm. 956 que vàrem dictar el 16 de novembre de 2007 a les actuacions 618/2002. Tant a un cas com a l'altre es tractava de 2 titulars de farmàcies. Ara bé, no obstant, hi ha unes diferències o matisos que determinarien que el Tribunal, més que mai, hagués mantingut ara la tesi en aquella patrocinada.

La diferència estriba, entre un i altre assumpte, que en el primer, el més allunyat i que va motivar la sentència al·ludida, es tractava d'analitzar la compatibilitat d'una consellera de Sanitat i Consum del Govern Balear, també alt càrrec és evident, i ara, en canvi, ho és del president de les Illes Balears. Dit això ja és fàcil detectar les diferències. Efectivament, en el primer cas, es tracta d'un càrrec ocupat per una persona que és nomenada pel segon dins les funcions que a n'aquest li pertoquen, segons els articles 2, 10 i 11.d), entre d'altres, de la Llei 4/2001, de 14 de març, de normes reguladores del Govern Balear, i article 56 de la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears. Per tant, la primera, persona que es pot o no dedicar professionalment a la política i/o no pertànyer a un grup polític, no ha de tenir, ni patir, un plus afegit derivat de les incompatibilitats i es va entendre a la referida sentència que era incompatible, això està clar; mentre que, en canvi, el segon, el president, ho és derivat del fet que prèviament es presenta a unes eleccions com a cap de llista d'un grup polític i al qual podem considerar com a professional de la política. Si es converteix, després de tot el procés electoral, en president, atresora, a tots els nivells, un major grau de responsabilitat i a la fi suposa, sens dubte, que la incompatibilitat sigui, més que mai, molt més rigorosa. Termes de compatibilitat que han de ser clar, i venir especificats, a l'hora de començar el seu mandat. Aquí no va succeir. Les proves no determinen el contrari, tot a l'inrevés.

Reitero que la sentència majoritària no supera la línia argumental de l'anterior de 2007. Calgui tan sols una breu cita d'ella. Es deia, i s'hauria d'haver reproduït i pres en compte, el següent:

"Tras exponer el sustrato de la decisión de la Sala (desde una perspectiva de normativa sectorial: la de ordenación farmacéutica), debemos pasar ya a la piedra angular del conflicto.

Esa piedra angular la hacíamos sustentar sobre dos pilares. Veámos aquí el primero: principios y finalidades que tratan de lograrse por el legislador autonómico con el régimen de incompatibilidades de los cargos públicos de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears.

a.- Reproducimos aquí, por segunda vez, el texto vigente en el artículo 3.3 de la Ley

2/1996, ahora destacando - con el subrayado que realiza el tribunal - los términos o las palabras de que hace uso el legislador autonómico a las que esta Sala de lo Contencioso-administrativo concede más entidad a la hora de dar una respuesta jurídica a la pretensión de anulación que formula el Grupo Parlamentario del Partido Popular:

"3. El fundamento de la incompatibilidad impuesta como principio general por medio de la presente regulación se encuentra en la necesidad de garantizar que la Administración autonómica, a través de las personas que ejercen sus finalidades desde los puestos de más responsabilidad o trascendencia, sirva con objetividad y plena imparcialidad los intereses generales. El reflejo más inmediato de ello se concreta en la incompatibilidad más absoluta que evite el desempeño de cualquier actividad ajena que pudiera impedir, dificultar o menoscabar la disponibilidad para cumplir los deberes y funciones propios del cargo o puesto de trabajo o que pudiera comprometer o poner en entredicho la imparcialidad, objetividad e independencia en el desempeño del mismo".

b.- De estas palabras no cabe duda de cuál es el objetivo que la norma autonómica aspira a obtener con la introducción, en el Derecho de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, de un régimen de incompatibilidad para las personas que desempeñan los cargos

públicos de más envergadura en el organigrama político/administrativo de la misma: asegurar que, en la realidad práctica de las cosas, no va a mediar ninguna interferencia entre el acervo de intereses propios, personales, del alto cargo y los deberes y funciones propios del mismo.

Para consolidar este resultado, los términos de que hace uso el precepto que actúa bajo la rúbrica de "fundamento de la incompatibilidad" son estrictos, muy restrictivos en el entendimiento de lo que conforma la existencia de un supuesto de incompatibilidad, restricción que determina la vigencia de un mandato de interpretación para quienes, como es el caso del Consell de Govern de la Comunidad Autónoma - o, ahora, esta Sala de lo Contencioso-administrativo - han de aplicar los enunciados legales a una cierta situación de hecho: - "necesidad de garantizar"; - "evite el desempeño de cualquier actividad ajena"; - "pudiera comprometer o poner en entredicho".

c.- La Ley 2/1996 anuda, a su vez, la estricta interdicción de elaborar actividades ajenas a las propias, características, del área de funciones de los cargos públicos que enuncia y delimita en su articulado, con el resultado que trata de lograrse al través de la interdicción:

"sirva con objetividad y plena imparcialidad los intereses generales"

La Exposición de Motivos de esta ley incluye diversas menciones a ese remate, con el propósito de "profundizar (ce) en la garantía de la objetividad, imparcialidad y transparencia".

Éstos son algunos de los apartados más descriptivos (con subrayado del tribunal):

"...Después de doce años desde la entrada en vigor de la Ley 5/1984, de 24 de octubre, es necesario afrontar una reforma del vigente régimen de incompatibilidades que posibilite una más eficaz prestación del servicio público y el establecimiento de un auténtico control de intereses y, al mismo tiempo, provea a la necesaria inclusión, en este régimen de incompatibilidades, de nuevos cargos o puestos de trabajo que, hasta ahora, quedaban exceptuados de su ámbito.

Los principios o bases que han de presidir la reforma que se emprende con esta norma legal son los siguientes:

1. Se proclama, como principio básico, la incompatibilidad absoluta del desempeño de los cargos o funciones incluidos en el ámbito de la Ley con cualquier otra actividad pública o privada, sea ésta retribuida o no, y possibilitando únicamente el ejercicio de determinadas actividades exceptuadas, que estarán limitadas y tasadas, en razón de que no afecten a la dedicación absoluta a las funciones públicas o a la imparcialidad que las mismas requieren.

Con esta Ley, se pretende la obtención de un instrumento jurídico que, partiendo de la adaptación del anterior sistema a la actual realidad social, profundice en la garantía de la objetividad, imparcialidad y transparencia de las actividades y funciones de los gestores públicos a partir del reforzamiento de una dedicación absoluta y exclusiva y de la implantación de un eficaz control de intereses que repercuta, de manera directa, en una mayor eficacia de los servicios públicos".

El Sr. Cayetano Julian , va prendre possessió com a president de les Illes Balears el dia 7 de juliol de 2011, mentre que no va cessar com a administrador mancomunat de la mercantil Guitart Poch José Antonio, entitat dedicada a vinoteca, fins el dia 28 d'abril de 2012, segons escriptura pública signada amb la referida datació. Per altra banda, 2 dies més tard, concretament, el 30 següent, va renunciar a l'administració de la mercantil Bauser Internacional 2001, societat limitada unipersonal - amb el 100% de les participacions -, que té com a objecte social, la venda de productes comunament coneguts com a parafarmàcia. Renuncia, també atorgada en escriptura pública, que va suposar el nomenament de la seva esposa com a administradora. No ve adverat que fos comunicat, abans o l'hora de prendre possessió, en el Registre del patrimoni, regulat pel Decret 250/1999, de 3 de desembre, la seva condició d'administrador mancomunat o únic de cadascuna de les dues empreses.

Doncs bé, independentment, que ara se'ns pugui afirmar que ambdues empreses no tenen activitat - la qual cosa no està suficientment acreditada - el cert és que a l'hora de prendre possessió com a president, el Sr. Cayetano Julian no ho va declarar, tal com deia abans, i tan sols es coneixia que era titular d'una botiga de farmàcia. I ja s'ha vist que la renuncia a les administracions de les dues mercantils que mantenia no es va produir fins quasi un any més tard, quant ja era més que evident el rebombori que, mediàtica i políticament, hi havia en torn a la possible compatibilitat o no en el càrrec. Ara bé, renuncia efectuada, només i tan sols, en la condició d'administrador.

La pertinença a aquestes dues empreses mercantils, conjuntament amb la titularitat de la farmàcia, per part del codemandat ja suposa l'existència de la incompatibilitat denunciada. No considero, a diferència del criteri majoritari del Tribunal i com ja ho he explicat abans, que ens trobem en presència d'una simple administració del patrimoni personal o familiar, ni molt menys.



CINQUÈ .- La cita que he efectuat ab initio dels articles 3.1 i 7.1 del Codi civil relatiu a la interpretació de les normes i com i de quina manera s'han d'exercitar els drets, tenen a veure amb el que es preveu ja no tan sols amb les normes autonòmiques abans citades, sinó a més a més amb la Llei 4/2011, de 31 de març, de les normes reguladores de la bona administració i del bon govern de les Illes Balears, tan sols sia pel que podem llegir a la seva Exposició de motius. Veiem:

"Al mateix temps que es desenvolupa aquest concepte de bona administració, tal com encarrega l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears, no es pot perdre l'ocasió per avançar cap a un espai complementari i imprescindible com és el de la potenciació i la consolidació de la qualitat democràtica en allò que té a veure amb l'exercici de l'acció de govern, és a dir, el que s'anomena bon govern, tot allò relacionat amb una manera d'actuar dels líders polítics de les institucions públiques de conformitat amb referències jurídiques, morals o ètiques. Aquesta manera exigent d'actuar valora, a més dels mateixos protagonistes de l'acció de govern, les organitzacions públiques i els programes i projectes que desenvolupen.

La seva rellevància rau en el fet que els poders públics desenvolupen un paper decisiu en els països democràtics, entre altres aspectes, com a garantia d'igualtat i de solidaritat i com a defensors de l'estat de dret, d'una manera estrictament lligada a la confiança que la ciutadania hi diposita".

I no s'oblidi el més important; ara i sempre, són els principis ètics i les regles de conducta basats en els millors exemples d'austeritat i honestat, com també de transparència i responsabilitat, els que s'han de prendre en compte. El capítol I de la Llei 4/2011 si refereix amb la llegenda inicial de "lideratge ètic i integrador" i que col·loca com a pedra bàsic del bon govern, mentre que la secció següent, fa referència a què s'entén com a conflicte d'interessos i a la dedicació exclusiva al càrrec públic.

El fonament bàsic de la incompatibilitat es troba en la necessitat de garantir que la persona que exerceix des d'un lloc de responsabilitat serveix amb objectivitat i imparcialitat els interessos generals.

En definitiva, i a la fi, l'objectiu de les normes autonòmiques, no altre, és el d'assegurar que, en la realitat pràctica, no hi haurà cap tipus d'interferència entre els interessos privats i personals de l'alt càrrec amb els d'ostentar, precisament, el càrrec amb les funcions i deures que li són inherents.

D'aquí, doncs, el que anava afirmant, la interpretació restrictiva - la compatibilitat no és possible ni mitjançant substitució - que no pas extensiva de la incompatibilitat no permetia arribar a la solució a la qual ha arribat la majoria del Tribunal. La Llei 2/1996, ens agradarà o no, és força taxativa i no permet marges de maniobra per tal de burlar-la. Els drets s'han d'exercitar conforme a les exigències de la bona fides.

En conseqüència, l'acte administratiu impugnat és contrari amb l'ordenament jurídic i s'ha d'anul·lar, tal com es fa. El Sr. Cayetano Julian és incompatible per exercir el seu càrrec de president de les Illes Balears.

Aquesta, i no altra, havia d'haver estat la decisió del Tribunal. Palma, 11 de juny de 2014.

PUBLICACIÓ.- Llegit i publicat que ha estat l'anterior vot particular discrepant de la sentència majoritària, pel president d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Gabriel Fiol Gomila, dono fe. El Secretari, rubricat.

