



Roj: **ATS 7032/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:7032A**

Id Cendoj: **28079130042020200101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/09/2020**

Nº de Recurso: **271/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Incidente de Nulidad**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STS 1404/2020,**
ATS 7032/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: Cuarta

Auto núm. /

Fecha del auto: 15/09/2020

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

Número del procedimiento: 271/2019

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: Junta Electoral Central

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: MTP

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 271/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: Cuarta

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 15 de septiembre de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

HECHOS

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo n.º 271/2019, interpuesto, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, por don Alejo y don Amadeo, representados por el procurador don Javier Fernández Estrada y defendidos por el letrado don Gonzalo Boye, contra el acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019 (expediente NUM000) por el que se deniega la remisión del acta de proclamación de electos al Parlamento Europeo, la expedición a los diputados electos de la credencial de su proclamación, así como la expedición de copia certificada de las actas solicitadas, recurso ampliado, posteriormente, a la comunicación de 17 de junio de 2019 del Vicepresidente de la Junta Electoral Central al Presidente del Parlamento Europeo, por guardar con el objeto de este recurso la relación prevista en el artículo 34.2 de la Ley de la Jurisdicción, el 10 de junio de 2019 se dictó la sentencia n.º 722/2020, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

(1.º) Desestimar el recurso contencioso-administrativo n.º 271/2019, interpuesto por don Alejo y don Amadeo contra el acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019 (expediente NUM000), ampliado a la comunicación del Vicepresidente de la Junta Electoral Central al Presidente del Parlamento Europeo de 17 de junio de 2019 y declarar ajustados a Derecho dichos acuerdo y comunicación.

(2.º) No hacer imposición de costas».

SEGUNDO.- Notificada a las partes, por escrito de 10 de julio de 2020 el procurador don Javier Fernández Estrada, en representación de los recurrentes, planteó incidente de nulidad de actuaciones contra la referida sentencia y, después de formular las alegaciones que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que, previos los trámites oportunos, se dicte sentencia estimatoria en la que:

«- Se declare la nulidad de la Sentencia 722/2020, de 10 de junio, dictada por esta Excm. Sala en el presente procedimiento, para, previo planteamiento de las cuestiones prejudiciales oportunas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictar nueva sentencia acorde con los derechos fundamentales invocados, con los pronunciamientos a los que se refería la demanda.

- Se declare que se han vulnerado los derechos fundamentales invocados.

- Se condene a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones.

- Se condene en costas a la parte demandada».

Por otrosí digo, manifestó que:

«en caso de que [la Sala] decida no estimar directamente el incidente de nulidad de actuaciones por albergar dudas sobre la vigencia, alcance o interpretación de Derecho de la Unión Europea invocado y en los términos antes expuestos, en su condición de última instancia, de conformidad con el artículo 267, párrafo tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, viene obligada a plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los términos expresados en la demanda, por hallarnos en un ámbito material en que resulta de aplicación el Derecho de la Unión, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 1982 en el asunto Cilfit (asunto C-283/81).

Nos remitimos, a este respecto, a las cuestiones prejudiciales planteadas en la demanda, en la medida que no hayan quedado definitivamente aclaradas como consecuencia de la Sentencia de 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-502/19, *Junqueras Vies*.

A todas ellas, resulta especialmente necesario, el planteamiento, también, de una cuestión prejudicial adicional, a la vista de las consideraciones que lleva a cabo la Sentencia de 10 de junio de 2019 en cuanto al planteamiento de cuestión prejudicial. Se trata de la siguiente:

¿Se opone el artículo 267, párrafo tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, a la desestimación de una demanda por el Tribunal Supremo de un Estado miembro, en una decisión sobre el fondo del asunto en aplicación de una disposición de Derecho interno, en circunstancias como las del litigio principal, en que la propia sentencia del Tribunal

Supremo admite dudas acerca de su compatibilidad con el Derecho de la Unión a la hora de hacer la declaración sobre las costas, el Abogado General del Tribunal de Justicia ha concluido que es un precepto incompatible con el Derecho de la Unión, y un Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que existen serias dudas en relación con la compatibilidad con el Derecho de la Unión?».

Y solicitó:

«Que, sin perjuicio de plantear las cuestiones prejudiciales indicadas en la demanda sobre las cuestiones que no quedaron definitivamente interpretadas en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019, asunto C-502/19, *Junqueras Vies*, se plantee, también, la cuestión prejudicial que aquí se propone conforme a lo dispuesto en el artículo 267, párrafo tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

TERCERO.- Admitido a trámite el incidente de nulidad, se confirió traslado a las demás partes personadas para alegaciones.

CUARTO.- Evacuando el traslado conferido, el Fiscal, en su escrito de 30 de julio de 2020 interesó la desestimación de la pretensión de nulidad deducida por los recurrentes.

Por su parte, el Letrado de las Cortes Generales, en virtud de las alegaciones formuladas en su escrito de 31 de julio de 2020, propone la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, "por resultar manifiestamente improcedente o, subsidiariamente, se proceda a su desestimación, con condena en costas a la parte demandante por imperativo de lo dispuesto en el artículo 241.2 de la LOPJ".

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *La sentencia objeto de este incidente de nulidad de actuaciones.*

El presente incidente de nulidad de actuaciones se ha promovido contra nuestra sentencia n.º 722/2020, de 10 de junio. En ella hemos desestimado el recurso interpuesto, por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, por don Alejo y don Amadeo contra el acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019 (expediente n.º NUM000), recurso ampliado a la comunicación del Vicepresidente de la Junta Electoral Central al Presidente del Parlamento Europeo de 17 de junio de 2019 y declaramos ajustados a Derecho dichos acuerdo y comunicación.

SEGUNDO.- *El escrito de promoción del incidente de nulidad de actuaciones.*

El escrito de promoción se extiende, primero, a título de consideraciones preliminares, sobre el objeto del incidente. Expone que, si bien no es, en sí mismo, un recurso efectivo en los términos del artículo 13 del Convenio de Roma, menos aún lo es aquí pues se plantea ante una Sala que, dice, carece de imparcialidad objetiva y subjetiva. No obstante, como es un trámite procesal obligado, aprovecha la oportunidad para ilustrar nuevamente a la Sala sobre el Derecho de la Unión Europea, a la vista, dice, de las incomprensibles afirmaciones que al respecto ha venido haciendo.

Relaciona luego la sentencia cuestionada con la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-502/19 y con el auto de su Vicepresidenta del día siguiente en el asunto C-646/19 (R) y avanza que las instituciones europeas "han atajado la antidemocrática pretensión de privar a los diputados electos "Excmos. Sres. Alejo y Amadeo del cargo representativo para el que resultaron elegidos por más de un millón de ciudadanos de la Unión". Y considera que, incurriendo la actuación impugnada en la vulneración de los derechos fundamentales denunciada en la demanda, este incidente es "una buena ocasión para que la Excm. Sala reflexione acerca de su proceder".

Después habla de la "vulneración palmaria del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su manifestación de derecho a una resolución fundada en Derecho, en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la Ley" que ha causado. Justifica la alegación en la irrazonabilidad que atribuye a la sentencia y a su desconocimiento del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Y dice que nuestra sentencia "se estudiará en los años venideros en las facultades de Derecho, entre otras cuestiones, como paradigma de vulneración del derecho a una resolución fundada en Derecho". Su proceso deductivo, prosigue, es "completamente ajeno a la lógica jurídica". Le produce sonrojo que diga que, al resolver la Junta Electoral, nada había en el Derecho de la Unión ni en la interpretación del Tribunal de Justicia que permitiera dudar de la compatibilidad de la actuación administrativa con el mismo. Ve en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 la prueba de que no es cierto y nos recuerda que la jurisprudencia no crea Derecho sino que lo interpreta. E insiste en que el artículo 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General es *per se* –y más en la interpretación que le da nuestra sentencia– contrario al Derecho de la Unión tal como lo ha entendido el Tribunal de Justicia. De ahí que considere que se sitúa en "una posición

de abierta rebeldía en cuanto al principio de primacía del Derecho de la Unión" por no haberse atendido al estado de la jurisprudencia europea el 10 de junio de 2020. De este modo, añade, es manifiesto que incurre "en desconocimiento palmario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" a partir de su sentencia n.º 145/2012.

Además, sostiene que la sentencia cuestionada incurre en arbitrariedad e irrazonabilidad porque se ha dictado "por puro capricho" ya que cuando resuelve la Junta Electoral Central "era perfectamente claro que (...) el artículo 13.1 del Acta Electoral de 1976, en su redacción dada por la Decisión 2002/772/CE (...), había previsto una relación de *numerus clausus* de supuestos en que se puede declarar la vacante de un escaño" y el previsto por el artículo 224.2 no se corresponde con ninguno de ellos. No es cierto, pues, afirma que no exista previsión alguna en el Acta abiertamente incompatible con ese precepto legal ya que, cuando menos, "es abiertamente incompatible con otros preceptos (...) de dicha Acta" y con otras normas del Derecho de la Unión. Esto, recalca, estaba claro cuando actuó la Junta Electoral Central, y la inexistencia de jurisprudencia sobre el artículo 13 del Acta no era obstáculo para aplicarlo.

Seguidamente, pasa a sostener que, en todo caso, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019 –a la que atribuye efectos *ex tunc*– debió llevarnos, en virtud de la doctrina del acto aclarado, a inaplicar el artículo 224.2 porque los escaños de los recurrentes no se encuentran vacantes. Y, en todo caso, de no apreciar las doctrinas del acto claro ni la del acto aclarado, sostiene que la Sala debió plantear cuestión prejudicial pues la "existencia, siendo benévolo ante la Excm. Sala, cuando menos, de una duda, resulta completamente obvia". Duda, explica, que ya existía cuando la Junta Electoral Central actuó, aunque entonces no existiera jurisprudencia al respecto. Insiste en que "no resulta posible no comunicar la elección de un diputado al Parlamento Europeo una vez celebradas las elecciones" y que el artículo 224.2 "suscitaba dudas para cualquier operador jurídico racional desde el mismo momento de su promulgación", cita al respecto las conclusiones del Abogado General en el asunto C-502/19 y dice que así se desprende de la sentencia de 19 de diciembre de 2019. Además, señala la utilidad de la cuestión prejudicial a la vista del recurso que pende ante el Tribunal General en el asunto T-32/20 interpuesto por Vox, basado en la apariencia, dice, de la legalidad de la actuación de la Junta Electoral Central, y de la eventual responsabilidad patrimonial de la Junta Electoral Central.

Así, pues, considera que lo que no podía hacer la sentencia sin incurrir en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva era desestimar el recurso. Por eso, su decisión, asegura, "carece de cualquier fundamento racional y obedece al "puro capricho" y, al haberse dictado después de dicha sentencia de 19 de diciembre de 2019, incurre en las infracciones mencionadas en la del Tribunal Constitucional n.º 145/2012.

Después de insistir en las ideas anteriores, el escrito de promoción del incidente se ocupa de las vulneraciones de derechos consecuencia de la inobservancia de la obligación de plantear cuestión prejudicial, la cual, nos recuerda, guarda relación con el derecho al juez competente del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aquí vuelve sobre la, para los actores, existencia de una duda sobre la compatibilidad del artículo 224.2 con el Derecho de la Unión. Cita las conclusiones del Abogado General en el asunto C-502/19 y el auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2019 en el asunto C-646/19 (R). Y mantiene que la Sala no podía dictar sentencia en aplicación del artículo 224.2 porque el Abogado General y el auto indicado habían puesto en tela de juicio esa compatibilidad. Ve, incluso, falta de racionalidad en la sentencia por no condenar en costas a los recurrentes por la existencia de dudas de Derecho y rechazar el planteamiento de la cuestión prejudicial. Dudas que, reitera, estaban ya presentes cuando resolvió la Junta Electoral Central y, con toda evidencia, cuando se dictó la sentencia.

Explica, seguidamente, que, de considerar el Tribunal de Justicia que el artículo 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General no es compatible con el Derecho de la Unión, la consecuencia no hubiera sido la que indica la sentencia, sino la indefectible estimación del recurso porque los actos de la Junta Electoral Central carecerían de fundamento jurídico válido alguno. También dice que "causa verdadero sonrojo tener que plantear un incidente de nulidad de actuaciones sobre esta cuestión" y relaciona los derechos que así se habrían infringido: a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, al juez ordinario predeterminado por la Ley, o sea, el Tribunal de Justicia. La negativa al planteamiento de la cuestión prejudicial, insiste, "no resulta de una exégesis racional de la legalidad ordinaria" y, reitera, "la única conclusión razonable de una decisión del Tribunal de Justicia" que apreciara la incompatibilidad del artículo 224.2 con el Derecho de la Unión hubiera sido la estimación del recurso, como reconocieron, añade, las conclusiones del Letrado las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central y el Ministerio Fiscal.

Una incoherencia adicional que aprecia en la sentencia el escrito de los recurrentes es que les reconozca como diputados a la vez que desestima un recurso frente a una actuación administrativa que declara que no lo son.

Por último, alega la vulneración del derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho en relación con el derecho al juez imparcial. Reitera aquí cuanto ya dijo la demanda sobre la obligación de abstención que afectaría a los magistrados que participaron en la imposición de la multa anulada por la Sala de Gobierno en autos de 28 de octubre de 2019. Dice que la sentencia se limita a afirmar apodícticamente que los magistrados no carecen de imparcialidad sin razonamiento de ningún tipo y que, de haber procedido los recurrentes a su recusación, se habrían producido nuevos retrasos. Además, atribuye a los magistrados de la Sala "un desconocimiento absoluto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", de la que cita la sentencia de 1 de julio de 2008 (asuntos acumulados C-341/06 P y C-342/06 P, Chronopost), así como la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de junio de 2019.

Termina el escrito de interposición con las pretensiones que se han recogido en los antecedentes y afirmando en otrosí digo que, de no estimar el incidente, por albergar dudas sobre el alcance e interpretación del Derecho de la Unión Europea invocado, estamos obligados a plantear las cuestiones prejudiciales que ya indicaba la demanda y las otras adicionales que ahora solicita y se han recogido en los antecedentes.

TERCERO .- *Las alegaciones del Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central.*

Comienza advirtiendo que el escrito de los recurrentes es idéntico al presentado contra la sentencia n.º 723/2020, de 10 de junio, desestimatoria de su recurso n.º 278/2019 y que, por tanto, sus alegaciones van a ser idénticas en ambos casos.

A continuación, se refiere, primero, a la naturaleza del incidente de nulidad de actuaciones y a su utilización por los recurrentes. Recuerda los términos del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la interpretación que de él hace el Tribunal Constitucional, para, seguidamente, decir que el escrito de promoción parte de una afirmación paradójica y poco congruente con su pretensión: es la que reconoce que este incidente no es un recurso efectivo en los términos del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos pero dice que el artículo 241 supone una oportunidad para ilustrar nuevamente a la Sala sobre el Derecho de la Unión Europea. Además de resaltar el carácter irrespetuoso para con la Sala de esa forma de manifestarse, reprocha a los recurrentes limitarse a reproducir los argumentos defendidos en el proceso, desvirtuando así el sentido del incidente de nulidad que no es, subraya, un instrumento para que la Sala "reflexione acerca de su proceder" sino para denunciar una vulneración de derechos fundamentales que no haya podido denunciarse antes. En este punto, destaca que los propios actores reconocen que las vulneraciones de que se quejan ya las alegaron en el curso del proceso.

A la vista de ello, el Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central nos dice que procede inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones, si bien pasa a examinar la, a su juicio, inconsistencia de los motivos que plantea.

Así, rechaza que la sentencia infrinja el derecho a la tutela judicial efectiva por su hipotética irrazonabilidad. En realidad, observa, el escrito de promoción llama irrazonabilidad a que la sentencia no le haya dado la razón. Recuerda que dedica el fundamento sexto, apartado E), a "explicar de manera detallada y razonada la inexistencia de una regulación específica sobre la materia en el Derecho de la Unión Europea, en el que se explica con toda claridad que no hay (...) ninguna prohibición que impida la exigencia, como requisito previo a la expedición de las credenciales, de la prestación del acatamiento a la Constitución". Y a señalar que "no hay razón (...) para entender contrarios al Derecho de la Unión Europea, ni de concretos principios ni de los preceptos que lo informan, los Acuerdos de la Junta Electoral Central".

Alude, luego, a la reiteración por los recurrentes de afirmaciones falsas o manipuladas, tanto de la resolución de la Junta Electoral Central cuanto de la sentencia. Por eso, (i) recuerda que cuando se tomó el acuerdo y se cursó la comunicación recurridos todas las resoluciones judiciales europeas iban en la línea de lo defendido por la Junta. También (ii), apunta que la sentencia cuya nulidad se reclama sí tiene en cuenta la dictada por el Tribunal de Justicia el 19 de diciembre de 2019. Y dice que algunos extremos de esta última adolecen de confusión y contradictoriedad y que no descarta ni cuestiona el requisito del acatamiento constitucional, al cual ninguna resolución ha declarado contrario al Derecho de la Unión Europea. Asimismo (iii), mantiene que es rigurosamente falso que se vulnerara el artículo 13 del Acta Electoral porque, tal como dice la sentencia, la Junta Electoral no ha privado a los recurrentes de su condición de candidatos electos ni desconoce que la elección popular es el único título para acceder al cargo sino que impone un modo de acceder a él que depende solamente de la voluntad del candidato afectado. Además, (iv), considera falso que la Sala de lo Penal haya declarado ilegal el acuerdo de la Junta Electoral Central de 20 de junio de 2019.

Sobre la hipotética vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber planteado la Sala la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del artículo 224.2 con el Derecho de la Unión Europea, dice que sorprende que la afirmación no venga acompañada de la jurisprudencia constitucional en la materia, que, observa, es

reiterada y constante y se encuentra sintetizada en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 37/2019 que reitera lo dicho en la n.º 232/2015.

De acuerdo con ella:

«dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues sólo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 2712013, de 11 de febrero. FJ 7; 21212014. de 18 de diciembre. FJ 3. y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3)».

No obstante, dice, igualmente:

«Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso', lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)". (STC 37/2019, FJ 4)».

Para el Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central es aplicable la doctrina anterior pues ni la sentencia de 19 de diciembre de 2019 del Tribunal de Justicia ni ninguna otra resolución jurisdiccional europea ha declarado contrario al Derecho de la Unión el requisito del acatamiento a la Constitución. Por eso, a falta de pronunciamiento expreso, no es posible aplicar la doctrina del acto aclarado. Esa sentencia se limitó a declarar que desde su proclamación como electos los candidatos al Parlamento Europeo gozan de inmunidad para cumplir las formalidades legales exigidas por el Derecho nacional o las que el Derecho de la Unión pueda exigir. Además, la decisión de no plantear la cuestión prejudicial ha sido fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria. La sentencia, dice, razona con detalle en su fundamento sexto, apartado G), por qué entiende que no procede el planteamiento.

La decisión de la Sala, que descansa en el reconocimiento por el Parlamento Europeo a los recurrentes como miembros del mismo, prosiguen las alegaciones, es previa a la existencia de la "duda razonable" exigida por la sentencia Cilfit alegada por ellos, ya que no se da el requisito de que la decisión del Tribunal de Justicia tenga que ser relevante para el proceso *a quo*. Por tanto, no hay infracción de la jurisprudencia constitucional.

El Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central termina recordando que, efectivamente, pidió en sus conclusiones el planteamiento de la cuestión prejudicial para despejar definitivamente la incertidumbre que pudiera existir sobre la compatibilidad del artículo 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General con el Derecho de la Unión Europea, pues aunque no se pronunciara sobre la cuestión en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 hay criterios que podrían considerarse contrarios a su aplicación. Ahora bien, reitera que la decisión de la Sala no es contraria a la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. De ahí que considere al incidente de nulidad manifiestamente improcedente, no sólo porque todas las denuncias de derechos fundamentales fueron conocidas y resueltas por la sentencia sino por su ostensible inconsistencia.

CUARTO.- Las alegaciones del Ministerio Fiscal.

Tras poner de manifiesto que el exordio inicial del escrito de promoción del incidente es patentemente ajeno a su objeto y función, por lo que prescinde de él, observa que su extensión no obedece más que a la exposición reiterada y circular de unos mismos argumentos, en su totalidad ya abordados y respondidos en la sentencia. Después, destaca que los recurrentes abiertamente han desconocido que este incidente no es un medio para pretender la reelaboración de una resolución judicial a medida de la pretensión de la parte que lo plantea [auto de 25 de junio de 2020 (casación n.º 2640/2017)].

Sobre la alegación de que la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a una resolución fundada en Derecho, en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la Ley, dice el Ministerio Fiscal que se limita a cuestionar, discrepando de él, el criterio de la sentencia sobre la incidencia aquí de la del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2019. Observa que "en un tono y con los términos ya acostumbradamente ajenos a la cortesía o corrección forense, la representación procesal de los demandantes recurre una vez más a la descalificación de la JEC y de esa Excm. Sala para terminar afirmando sencillamente que, al no acoger su tesis interpretativa del art. 224.2 LOREG, "el proceso deductivo de la sentencia es completamente ajeno a la lógica jurídica", y "ha sido dictada en la terminología del Tribunal Constitucional, "por puro capricho"". Sin embargo, destaca el Ministerio Fiscal, basta la simple lectura comprensiva de la sentencia para comprobar que en ella se argumentan extensivamente los motivos por los que la relación de la dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto C-502/19 y la controversia

en ella planteada, no resultan determinantes aquí en el sentido pretendido por los recurrentes. Y, señala, que la discrepancia con los razonamientos de la sentencia no es por sí sola reveladora de una lesión del derecho fundamental reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución.

En efecto, explica, la simple afirmación unilateral y enfática de la arbitrariedad e irracionalidad del razonamiento judicial, basada en la reiteración acrítica de los argumentos de la demanda, no convierte la actuación de la Sala en vulneradora de ningún derecho fundamental.

Sobre la alegada obligación de plantear cuestión prejudicial, recuerda el Ministerio Fiscal que, ciertamente, en sus conclusiones pidió a la Sala que la formulara. No obstante, entiende que la sentencia razona cumplidamente los motivos por los que no considera necesario ni útil ese planteamiento. Desde esa perspectiva, dice que es obvio que toda la argumentación de los actores cae por su propia base pues la obligación contemplada en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ha de entenderse según la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 1982 (asunto 283/81, Cilfit). Y resulta que la Sala ha considerado que las dudas que pudiera suscitar la aplicación del Derecho de la Unión en este caso no son relevantes para la resolución del pleito ya que no advierte contradicción entre sus normas y el Derecho nacional y porque considera irrelevante el eventual pronunciamiento del Tribunal de Justicia porque los recurrentes están ejerciendo sus cargos por decisión del Parlamento Europeo. La lógica de la sentencia contra la que se dirigen, dice el Ministerio Fiscal –que hubiera preferido someter al Tribunal de Justicia la cuestión nuclear de la exigibilidad del acatamiento a la Constitución para acceder a la condición de eurodiputado– "resulta difícilmente cuestionable y en cualquier caso, –en lo que aquí importa– dista mucho de poder ser tachada de irrazonable o caprichosa".

No aprecia irrazonabilidad el Ministerio Fiscal en la sentencia en el punto en que dice que, al adoptar la Junta Electoral Central sus resoluciones no había pronunciamiento alguno europeo para dudar de la hasta entonces pacífica aplicación del artículo 224.2. Se trata, dice, de un hecho perfectamente constatado a través de los datos que expone la sentencia y reflejarlo no supone que el proceso se haya resuelto conforme al Derecho aplicable entonces y no en el momento de deliberarse y fallarse el recurso. Apunta el Ministerio Fiscal que lo que la sentencia dice al respecto es que la interpretación pacífica inicialmente no ha dejado de ser correcta ahora. Ese es, dice, el resultado del extenso e hilado razonamiento de la Sala, que, subraya, no presenta insuficiencia alguna que permita equipararlo a falta de toda motivación.

Tampoco encuentra justificada la pretensión de nulidad por no plantear cuestión prejudicial porque olvida que la sentencia niega la relevancia del posible resultado de la misma. Y no puede deducirse la infracción del artículo 24 de la Constitución por el hecho de que la Sala no tomara en cuenta otras posibles utilidades de su fallo respecto de otros recursos. El derecho fundamental que reconoce, explica, se proyecta sobre las pretensiones de las partes y encuentra obvio que carece de utilidad ese planteamiento para discutir el valor y efecto de las credenciales que pudieran emitirse en favor de los recurrentes cuando estos ya han sido admitidos como diputados plenamente ejercientes en el Parlamento Europeo. Podría plantearse, apunta, si alguien legitimado al efecto hubiera impugnado la decisión de la Presidencia de la cámara europea, pero en el escenario de hechos consumados que la Sala constata no tiene utilidad.

Respecto del derecho al juez ordinario y suponiendo que el derecho al mismo fuera directamente trasladable al Tribunal de Justicia, señala el Ministerio Fiscal que su garantía, a la luz de la jurisprudencia constitucional (sentencia n.º 110/2017), queda circunscrita, a propósito de la decisión de plantear o no cuestión prejudicial, al debido respeto de las normas que determinan la ocasional intervención de ese órgano jurisdiccional europeo. Es decir, del artículo 267 del Tratado de la Unión Europea, cuya interpretación resalta que la apreciación de la incidencia en la causa del Derecho de la Unión, corresponde, en este caso, a la Sala. De ahí que no advierta lesión del derecho fundamental.

No menos forzada ve la alegación relativa a la imparcialidad del tribunal. La tiene por reiteración de una pretensión patentemente extemporánea y carente de fundamento en el fondo. Las consideraciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos transcritas por los recurrentes, dice, no contradicen ni hacen desaparecer las normas del ordenamiento jurídico español que regulan con notable precisión la abstención y la recusación. Al respecto, destaca el Ministerio Fiscal el síndrome de invisibilidad normativa del Derecho español que advierte en la parte actora desde el inicio del proceso, transido, dice, de una aparente fascinación por el Derecho europeo si bien entendido de manera distorsionada como algo distinto o, incluso, mejor que las normas nacionales perfectamente ajustadas a sus postulados en una interpretación razonable, como la Sala demuestra en su sentencia. Y es que ha apreciado adecuadamente las consecuencias de la actuación de los recurrentes, inexplicable en el contexto de su discurso, que contradictoriamente reclaman amparo para una pretensión que no quisieron o supieron ejercitar. Bien lejos de basar sus decisiones en argumentos apodícticos, la sentencia, dice el Ministerio Fiscal, ha extendido sus razonamientos a la explícita y detallada exposición de los motivos por los que no concurrían las supuestas causas de recusación que no

se molestaron los recurrentes en hacer valer en tiempo y forma. Y, concluye, así ha satisfecho las exigencias de los tribunales supranacionales que invoca el escrito de promoción.

En definitiva, no aprecia el Ministerio Fiscal vulneración por la sentencia de derecho fundamental ni vicio alguno que justifique la pretensión de nulidad. De ahí que deba cobrar firmeza y que hayan de quedar excluidas las pretensiones subsidiarias.

QUINTO.- *El régimen del incidente de nulidad de actuaciones.*

La Ley Orgánica del Poder Judicial regula el incidente de nulidad de actuaciones en su artículo 241.

La regla que establece al respecto es la de que no se admitirán a trámite y, solamente a título de excepción, acepta que se dé curso a la solicitud de que se declare esa nulidad cuando, quienes tienen legitimación para ello según el apartado primero de ese precepto, aduzcan "cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario". Además, únicamente se podrá promover en los veinte días siguientes a la notificación de la resolución o al conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que en este último caso pueda solicitarse pasados cinco años desde aquella.

Y, para subrayar el carácter extraordinario y excepcional de este instrumento procesal, el último párrafo de ese primer apartado del artículo 241 dice: "El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno". La preceptiva condena en costas a quien lo promueva cuando se desestime el incidente, la posibilidad, expresamente prevista, de multar al que lo utilice temerariamente y la inexistencia de recurso contra la resolución que lo resuelva, completan los rasgos principales con los que la Ley Orgánica del Poder Judicial caracteriza a esta figura, los cuales han sido completados jurisprudencialmente para destacar que no es el cauce para replantear el litigio [recientemente, entre otros, por los autos de esta Sala de 2 de julio de 2020 (casación n.º 7179/2018); 25 de junio de 2020 (casación n.º 2640/2017); 11 de mayo de 2020 (casación n.º 1434/2016); 4 de febrero de 2020 (recurso n.º 46/2018)].

SEXTO.- *El juicio de la Sala. La desestimación del incidente de nulidad de actuaciones.*

A) Sobre el escrito de promoción del incidente.

Tal como observa el Ministerio Fiscal, es notablemente extenso. No obstante, esa extensión no se corresponde con la diversidad de sus argumentos ni con la profundidad con la que los defiende, sino que, como también ha advertido el Ministerio Fiscal, obedece a la reiteración circular de las mismas, pocas, ideas.

Por otra parte, tanto el Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central como el Ministerio Fiscal llaman la atención sobre el tono del escrito y la forma en que se dirige y manifiesta respecto de la Sala. En este punto, sin embargo, como ya dijimos en la sentencia, consideramos que el derecho de defensa ampara tal modo de expresarse, aunque, al igual que entonces recordamos, no aporte más peso a los razonamientos utilizados y, a menudo, sea indicio de falta de confianza en su solvencia.

Está claro, además, que el incidente de nulidad de actuaciones no es un medio para que un tribunal reflexione en el sentido que desea quien lo promueve y modifique en consecuencia su decisión sobre los extremos ya planteados y debatidos en el curso del proceso y estudiados y resueltos en la sentencia. El artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la interpretación que ha recibido lo dejan claro. De ahí que este propósito de los recurrentes se sitúe fuera del marco normativo que debemos observar, y, en la medida en que, sustancialmente, su escrito se limita a repetir cuanto ya adujeron y tuvimos en cuenta al pronunciarnos sobre su recurso, no pueda prosperar.

Seguidamente, lo vamos a poner de manifiesto.

B) Sobre la imparcialidad de la Sala.

Aunque nuevamente vuelve a suscitarlo en último lugar, debemos afrontar en primer término el reproche de falta de imparcialidad por no habernos abstenido, tal como reclamaron los recurrentes en sus conclusiones, ya que es una tacha que afecta esencialmente a la posición del cualquier tribunal de justicia y, por tanto, despejarla es condición previa a cualquier pronunciamiento sobre sus decisiones.

Al tiempo que dicen que la sentencia rechaza apodícticamente este motivo, los recurrentes explican ahora que no presentaron la recusación para no alargar más el proceso. Sucede, sin embargo, que ni la sentencia es apodíctica, sino motivada en este y en los demás puntos, como se comprueba con su lectura, ni sirve decir que no se hizo uso de la recusación para no retrasar más las actuaciones.

Los recurrentes no han dudado en utilizar todos los medios que la Ley les ofrece, como indica la sentencia y acreditan las providencias y autos que se han debido dictar a su instancia en el curso del procedimiento. Por tanto, su propia conducta procesal hace que no sea verosímil una supuesta preocupación por el alargamiento de las actuaciones que no han tenido en ningún momento. Además, la razón que dan ahora para explicar por qué no hicieron uso de la recusación –evitar retrasos– lleva a pensar que se avenían a que su causa la decidieran magistrados cuya imparcialidad niegan. No parece lógico y, como se ha dicho, esa renuncia es contradictoria con el proceder que han seguido desde el inicio de la causa.

Reiteraremos que tampoco pueden desconocer los recurrentes, porque es elemental, que la recusación se debe efectuar tan pronto como se tiene conocimiento de la concurrencia de una causa legal que la produce, ni que la abstención es una decisión personal del juzgador que no queda a su sola decisión ya que debe ser aceptada por otro juez o por la Sala correspondiente. De ahí que el hecho de que no presentaran en su momento la recusación, no sólo significa el incumplimiento de la Ley, sino, sobre todo, el reconocimiento de que no vieron razón para ello y, también, de que no tiene fundamento la negación de la imparcialidad objetiva de la Sala ya que la sustentan en una causa a la que no dieron relevancia cuando procedía.

Por tanto, lejos de infringir derecho alguno, la decisión motivada de la sentencia es coherente con el ordenamiento jurídico, incluyendo la interpretación efectuada por las sentencias que invoca el escrito de promoción en este extremo.

C) Sobre la alegada irracionalidad de la sentencia.

Igualmente, debemos indicar que este escrito atribuye a la sentencia lo que no dice. En ningún momento afirma que los escaños de los recurrentes estuvieran vacantes ni que esa sea la previsión del artículo 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. De lo que se discutía, a propósito de la decisión de la Junta Electoral Central de no expedir las credenciales, era de la virtualidad del requisito del acatamiento de la Constitución para adquirir la plena condición de diputado del Parlamento Europeo del mismo modo que es preciso cumplirlo para adquirir la plena condición de representante en los distintos procesos electorales previstos por el ordenamiento jurídico. En ningún caso el incumplimiento del requisito determina que el escaño correspondiente quede vacante, sino simplemente que el candidato proclamado electo, al que asisten desde la proclamación sus prerrogativas, no adquiere la plenitud de la condición desde su proclamación, transcurridos cinco días sin prestar el acatamiento ve suspendidos sus derechos y prerrogativas hasta que lo preste, pero no pierde el cargo. Por eso, no es sustituido por el siguiente en la lista, ni depende más que de su voluntad acceder a esa plenitud y recuperar sus derechos y garantías. De ahí que nada tenga que ver el artículo 13 del Acta Electoral ni, por ello, pueda ser infringido por los acuerdos de la Junta Electoral Central ni por nuestra sentencia.

Hay que advertir que en este punto el escrito de promoción no se distingue por la coherencia porque, primero descalifica a la sentencia por considerar vacante el escaño de los recurrentes (págs. 14) y luego lo hace por reconocerles la condición de diputados (pág. 34). Del mismo modo, le imputa desconocimiento de la jurisprudencia europea por afirmar que nada en ella determinaba la incompatibilidad del artículo 224.2 con el Derecho de la Unión Europea cuando actuó la Junta Electoral Central (pág. 8) para, después, reconocer que entonces no había jurisprudencia al respecto (pág. 15).

D) Sobre la decisión de no plantear cuestión prejudicial.

La sentencia explica por qué no era relevante someter al Tribunal de Justicia la pregunta de si es compatible o no con el Derecho de la Unión el artículo 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General una vez que los recurrentes ya han sido admitidos como diputados del Parlamento Europeo, dado que la respuesta no llevaría, cualquiera que fuera, a que la sentencia a dictar modificara tal hecho: en caso de considerarlo incompatible, porque ya tienen lo que querían y en el supuesto de que concluyera lo contrario porque el Tribunal Supremo carece de jurisdicción para modificar la situación que les ha reconocido el Parlamento Europeo. Además, pone de manifiesto que no hay ningún pronunciamiento jurisdiccional europeo sobre el requisito exigido por ese precepto, no sólo antes, como tiene que reconocer el propio escrito de promoción del incidente, sino tampoco después de la sentencia de 19 de diciembre de 2019, porque no se ocupa de él sino del momento en que se adquiere la inmunidad prevista en el artículo 9, párrafo segundo, del Protocolo n.º 7 sobre los Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea. Es decir, de la que asiste al candidato electo para dirigirse al lugar de reunión del Parlamento Europeo y regresar de él, que es una cuestión distinta a la aquí debatida.

Por su parte, el auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia no cambia el panorama porque, además de no manifestarse sobre las cuestiones de fondo, ya que se dictó en sede de medidas cautelares, viene a reconocer que no hay criterio sentado sobre aquellas (§ 52). Y que, en parte, los recurrentes, los Sres. Alejo y Amadeo, sustentaban allí sus pretensiones contra el auto del Presidente del Tribunal General que apelaron en la interpretación del Derecho español que este habría hecho. Extremo dice el auto de 20 de diciembre de 2019 no sujeto, en principio, a revisión del Tribunal de Justicia (§ 66) salvo que fuera distorsionada, es decir,

obvia y apreciable en los autos sin necesidad de una nueva comprobación de los hechos y de las pruebas, lo cual no sucedía en este caso (§ 67 y 68). Se trataba, además, de una cuestión nueva, inadmisibles en apelación (§ 70 y 71). Y confirma en el § 75 –invocado por el escrito de interposición– que determinar si el acatamiento de la Constitución exigido por la Ley nacional puede ser considerado parte del procedimiento electoral es una cuestión de Derecho que no puede ser resuelta por el juez que conoce de las medidas cautelares. Nuevo reconocimiento, por tanto, de que no hay un pronunciamiento al respecto ni, en consecuencia, acto claro ni aclarado, ni jurisprudencia europea sobre el particular en el sentido pretendido por los promotores del incidente, ya que, de haberlo en la sentencia de 19 de octubre de 2019, este auto lo habría recogido. Frente a esa realidad, nos encontramos con la aplicación pacífica por más de dos décadas del artículo 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, a cuyo cumplimiento, por lo demás, se han avenido, los Sres. Alejo y Amadeo, salvo en el extremo de hacerlo en persona ante la Junta Electoral Central.

No condenar en costas a los recurrentes, en fin, no supone reconocer la subsistencia de dudas sobre la compatibilidad del artículo 224.2 con el Derecho de la Unión, sino el carácter problemático de la controversia provocada por el recurso y resuelta por la Sala, la mayor parte de la cual versa sobre la interpretación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

La relevancia del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, cuya apreciación corresponde al juez nacional, es la clave determinante de la obligación de plantear cuestión prejudicial, según el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la interpretación que ha recibido. En este sentido, recientemente, el Tribunal de Justicia ha recordado que "corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se ha de pronunciar apreciar a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia" [§73 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 (asunto C-311/18)].

Y nuestra sentencia explica por qué no es relevante y por qué no advierte dudas respecto de un extremo pacífico desde hace más de veinte años: el relativo al acatamiento de la Constitución. Sorprendentemente, los recurrentes dicen que fue polémico desde el primer momento (pág. 16). Sin embargo, no han sido capaces de aducir ninguna controversia surgida en la aplicación del artículo 224.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. En realidad, son ellos los que la han planteado por primera vez y, según hemos dicho, después de que se avinieran a prestar el acatamiento, mejor dicho, de que lo prestaran, tal como refleja la sentencia, si bien, no en persona ante la Junta Electoral Central. Por tanto, no es que la cuestión haya sido dudosa, sino que ellos pretenden que lo sea, lo cual es explicable desde su punto de vista, pero no tiene nada que ver con la interpretación procedente del precepto legal que es la que debe hacer esta Sala.

Por último, se debe precisar que, en contra de lo que afirman los recurrentes, ni el Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central ni el Ministerio Fiscal afirmaron que la respuesta a la cuestión prejudicial que pidieron implicaría necesariamente la estimación del recurso. Al contrario, el primero indicó que había esa posibilidad en uno de los supuestos hipotéticos que expuso y el segundo, tras extenderse sobre la, a su parecer, procedente interpretación integradora a la luz de la sentencia de 19 de diciembre de 2019 que no considera al artículo 224.2 contrario al Derecho de la Unión Europea, solamente pidió que planteáramos la cuestión prejudicial a la vista del auto de la Vicepresidenta, al cual acabamos de referirnos. Y, sobre todo, ambos expresaron como pretensión subsidiaria la desestimación del recurso.

No dándose, por tanto, los requisitos que la Ley Orgánica del Poder Judicial exige para que proceda la nulidad de actuaciones, debemos desestimar este incidente.

SÉPTIMO.- Costas.

Por lo que hace a las costas, el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, hace preceptiva su imposición a quien promueve el incidente de nulidad de actuaciones cuando sea desestimado. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 4 del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 2.000€. Para la fijación de la expresada cantidad tenemos en cuenta los criterios que seguimos habitualmente en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

Por todo lo dicho,

LA SALA ACUERDA:

(1º) Que no ha lugar al incidente de nulidad de actuaciones promovido por don Alejo y don Amadeo contra la Sentencia de esta Sala y Sección n.º 722/2020, de 10 de junio, dictada en el presente recurso n.º 271/2019.



(2º) Imponer las costas de este incidente a sus promotores en los términos señalados en el último de los razonamientos jurídicos.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ