

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 272/ 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

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 Excmas. Sras.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D.^a Inés Huerta Garicano

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 21 de marzo de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

HECHOS

PRIMERO.- Se impugna la Orden JUS/133/2022, de 26 de febrero, publicada en el Boletín Oficial del Estado del pasado 1 de marzo, que ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022, por el que se comunica al Congreso de los Diputados la propuesta de candidatos a ocupar la Presidencia y la Adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) a los efectos del artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDP).

SEGUNDO.- En el Acuerdo impugnado se proponen, por orden alfabético, dos ternas, una para la Presidencia de la AEPD y otra para la Adjuntía. Su tenor literal es el siguiente:

« [el Consejo de Ministros] *ACUERDA*

» 1. *Comunicar al Congreso de los Diputados, a los efectos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la propuesta como candidatos a ocupar la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos de las siguientes personas, enumeradas por el orden alfabético de sus apellidos:*

Doña María Belén Cardona Rubert.

Don Leonardo Cervera Navas.

Don Ricard Josep Martínez Martínez.

» 2. *Comunicar al Congreso de los Diputados, a los efectos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la propuesta como candidatos a ocupar la Adjuntía de la Agencia Española*

de Protección de Datos de las siguientes personas, enumeradas por el orden alfabético de sus apellidos:

Don Francisco de Borja Aduara Varela.

Don José Ignacio González González.

Doña Pilar Aránzazu Herráez López.»

TERCERO.- Publicada tal Orden JUS/133/2022 en el Boletín Oficial del Estado del pasado 1 de marzo, el 14 de los corrientes, la representación procesal de don Leonardo Cervera Navas, la impugnó por el procedimiento especial de protección de los de los derechos fundamentales de la persona regulado en el Capítulo I del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), invocando para ello como infringido el artículo 23.2 de la Constitución.

Mediante el Segundo Otrosí interesó la adopción de la medida cautelar ordinaria del artículo 129 y 130 de la LJCA más la prevista en el artículo 135 de la LJCA.

CUARTO.- Por auto de 16 de marzo de 2022 acordamos lo siguiente:

«PRIMERO.- Denegar la medida cautelar promovida al amparo del artículo 135 de la LJCA por la representación de DON LEORNADO CERVERA NAVAS respecto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022, reseñado en el Antecedente Primero de este auto y publicado por Orden JUS/133/2022, de 26 de febrero.

SEGUNDO.- Se da traslado a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal para que antes de las 15:00 del viernes 18 de marzo presenten sus alegaciones.»

QUINTO.- Conforme a lo acordado en el auto de 16 de marzo y dentro del plazo concedido, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal han presentado alegaciones oponiéndose a la medida cautelar.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- ACTO IMPUGNADO Y RÉGIMEN DE RENOVACIÓN DE LA AEPD.

1. Tal y como se ha expuesto y se precisó en el auto de 16 de marzo, lo impugnado es el Acuerdo del Consejo de Ministros 22 de febrero de 2022 por el que se comunica al Congreso de los Diputados dos ternas, una de candidatos para la Presidencia de la AEPD -en la que figura el ahora recurrente-, y otra de candidatos para la Adjuntía de la AEPD. Este Acuerdo trae su causa del procedimiento selectivo convocado por la Orden JUS/1260/2021, de 17 de noviembre.

2. Para comprender el significado del Acuerdo impugnado y, en consecuencia, la razón de la medida cautelar interesada, debemos partir de la regulación del régimen de elección de esos cargos prevista en la LOPDP y en el Estatuto de la AEPD, aprobado por el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, a lo que se añaden las precisiones que introducen las bases de la convocatoria litigiosa. En resumen, esa regulación es la siguiente:

1º El Ministerio de Justicia hace una convocatoria pública en cuyas bases se especificarán los requisitos y méritos evaluables de los candidatos, atendiendo a la competencia profesional exigible para el desempeño de ambos cargos.

2º A tal fin se constituye un comité de selección que aprueba la lista provisional de admitidos y excluidos. Con los definitivamente admitidos inicia el examen de los aspirantes, la documentación aportada, pudiendo realizar las entrevistas que estime oportunas.

3º Valoradas las solicitudes, el comité de selección propone una candidatura a la Presidencia y otra a la Adjuntía, atendiendo a los méritos y criterios de valoración establecidos en la convocatoria, propuesta que irá acompañada de un informe justificativo. Tal propuesta más el informe se remite al Ministerio de Justicia que lo eleva al Consejo de Ministros.

4º En virtud del principio de celeridad en la tramitación de los procedimientos y para evitar, en la medida de lo posible, devoluciones de la propuesta por el Consejo de Ministros, las bases prevén que el comité pueda elaborar dos ternas ordenadas alfabéticamente con los nombres de los tres candidatos que considere más idóneos.

5º El Consejo de Ministros, a la luz del informe del comité de selección debate y mediante acuerdo, decide la propuesta de Presidencia y Adjuntía. Si considera que la propuesta del comité de selección no es idónea puede devolverla motivadamente para que le formule una nueva. De aceptarla remite al Congreso de los Diputados la propuesta de un candidato para cada cargo y la acompaña del informe justificativo.

6º La Comisión de Justicia, tras la preceptiva audiencia de los dos candidatos, ratifica la propuesta del Consejo de Ministros en votación pública conforme a las mayorías que prevé el artículo 48.3 de la LOPDP. De ratificar la propuesta, el Presidente y el Adjunto son nombrados por el Consejo de Ministros mediante real decreto.

SEGUNDO.- ALEGACIONES DE LAS PARTES.

1. El ahora recurrente impugna el acuerdo del Consejo de Ministros que responde al trámite descrito en los puntos 5º y 6º del anterior Fundamento de Derecho e invoca la lesión de su derecho fundamental al acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad (artículo 23.2 de la Constitución). Esta lesión la concreta en que antes de la convocatoria ya

estaba pactado quiénes serían Presidente y Adjunto de la AEPD. En síntesis, alega lo siguiente:

1º Tras relacionar los elementos que integran la adopción de la tutela cautelar, expone como circunstancia cuya ponderación ordena el artículo 130 de la LJCA, el hecho notorio de que ya está decidido quiénes ostentarán esos cargos. Tal forma de proceder es, además, contraria, a la independencia que exige para tales cargos tanto la normativa nacional como el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril.

2º De no otorgarse la tutela cautelar, una eventual sentencia estimatoria no impedirá el sacrificio del derecho fundamental que invoca, a lo que se añadirá el de su derecho a la tutela judicial efectiva. Además, la tardanza en resolver implicará que tales cargos se ejercerán ilegalmente y sin la debida legitimidad, todo en un organismo que como autoridad independiente tutela los derechos fundamentales respecto de la informática, lo que enlaza con el artículo 18.4 de la Constitución.

3º La tutela cautelar que pretende no perturba gravemente el interés general y goza de una apariencia de buen derecho a la vista de las circunstancias de hecho del proceso de renovación.

2. La Abogacía del Estado alegó en contra de la pretensión cautelar lo siguiente, expuesto también en síntesis:

1º El recurso es inadmisibile pues se está impugnado un acto de trámite que no impide continuar el procedimiento ni genera indefensión. Se limita a remitir al Congreso de los Diputados dos ternas, sin que limite su potestad de ratificación, por lo que habrá que esperar a las resultas, esto es, al acto de nombramiento por el Consejo de Ministros.

2º También es inadmisibile por falta de legitimación del recurrente pues figura en la terna remitida al Congreso de los Diputados y no cabe sostener su

legitimación en el mero interés en defensa de la legalidad; en definitiva, los beneficiados por el recurso serían más bien los candidatos excluidos de la terna.

3º En cuanto al fondo, no hay *periculum in mora*, antes bien, el recurso es prematuro y el recurrente parecer tener “facultades adivinatorias” porque parte de la premisa de que no será nombrado. Añade que la suspensión interesada causaría un perjuicio al interés general.

4º Rechaza la posibilidad de aplicar el criterio de la apariencia de buen derecho, para lo que glosa brevemente los criterios jurisprudenciales al respecto, y critica la aplicación de tal criterio por el hecho de haberse aprobado dos ternas y no una candidatura singular, lo que se ha hecho por razones de urgencia en la cobertura.

5º Finalmente considera que debe oírse a la candidata.

3. El Ministerio Fiscal se opone a la medida cautelar remitiéndose a lo razonado en el auto del pasado 16 de marzo, a lo que añade que la brevedad de tiempo transcurrido desde ese auto hace que no hayan cambiado las circunstancias y, en fin, que las alegaciones de tipo político que subyacen en los alegatos del recurrente no pueden afectar *a priori* a la pulcritud del procedimiento.

TERCERO.- JUICIO DE LA SALA SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ELECCIÓN.

1. Entrando en el fondo, con la normativa vigente España ha modificado sustancialmente el régimen de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y del Estatuto de la AEPD aprobado por Real Decreto 428/1993. La anterior normativa preveía la designación directa por el Gobierno del entonces denominado Director de la AEPD, sin que existiese un Adjunto, Director que era designado de entre los

miembros del Consejo Consultivo que también eran nombrados directamente por el Gobierno a propuesta de las instancias relacionadas en el artículo 19 del Estatuto de la AEPDP de 1993.

2. El sistema actual es distinto. Como se ha expuesto en el anterior Fundamento de Derecho Primero.2, nuestro ordenamiento vigente crea la Adjuntía que, como la Presidencia, son cargos que deben cubrirse ahora en régimen concurrencial mediante un procedimiento público, transparente y sujeto a unas bases, en el que la elección de los candidatos se basa en ponderar su calidad profesional e idoneidad para cada uno de esos cargos, atendiendo a las funciones que se les atribuyen según la competencia de la AEPD.

3. Dicho procedimiento responde a las previsiones generales deducibles de los artículos 53.2 y 54.1.b) y c) del Reglamento (UE) 2016/679 antes citado. Con la normativa vigente y dentro de la habilitación deducible del artículo 53.1 del citado Reglamento europeo, España ha optado por el rigor y, desde el principio de transparencia, que la elección de esos cargos se haga de forma contrastada según los principios de mérito y capacidad.

4. Ese procedimiento no excluye que la decisión final sea libremente acordada por el Consejo de Ministros mediante la propuesta que remite al Congreso de los Diputados de un candidato para cada cargo, propuesta que debe cohonestarse con el procedimiento administrativo antes descrito, mediante el que nuestro ordenamiento abandona la designación directa.

CUARTO.- JUICIO DE LA SALA SOBRE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO JURISDICCIONAL.

1. Ciertamente hay base para sostener que el acto impugnado es un acto de trámite, pues el procedimiento selectivo formalmente no ha finalizado en su totalidad; ahora bien, si atendemos a la descripción que hemos hecho del

procedimiento selectivo concluimos que en este momento procedimental y a los efectos del incidente, el Acuerdo impugnado puede tenerse como un acto de trámite cualificado pues con él finaliza la fase de elección de los candidatos, pendiente sólo de la ratificación parlamentaria.

2. Si nos atenemos a ese procedimiento tal y como está regulado, el Acuerdo impugnado implícitamente está resolviendo la convocatoria, no por el hecho de remitir dos ternas que incluyen, en principio, el nombre del que será finalmente elegido para cada cargo, sino porque tal predeterminación es ya cierta a la vista de los hechos que seguidamente se expondrán, afectando así al derecho fundamental que se invoca como infringido. Y a esto añádase que, según esa regulación, el trámite parlamentario no es electivo, sino de ratificación de la propuesta del gobierno.

3. Y en cuanto a la falta de legitimación del recurrente, se rechaza tal causa de inadmisión pues la apreciación de su interés legítimo, en este caso directo y no basado en el interés en el mantenimiento de la legalidad, es inescindible del enjuiciamiento del fondo de la tutela cautelar.

QUINTO.- JUICIO DE LA SALA SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR.

1. Siguiendo las pautas de enjuiciamiento que establece la LJCA para la tutela cautelar (artículos 129.1 y 130.1 y 2) tenemos, ante todo, que en su enjuiciamiento debe valorarse o ponderarse circunstanciadamente los intereses en conflicto, a lo que se añaden dos contrapesos: de un lado debe evitarse que su estimación perturbe gravemente el interés general pero, de otro, se exige que esa estimación se base “únicamente” en evitar que una eventual sentencia estimatoria sea ineficaz, esto es, que el procedimiento promovido pierda su fin legítimo.

2. Partiendo de lo dicho, la parte recurrente alega los siguientes hechos que además documenta, hechos no negados por la Abogacía del Estado ni por el

Ministerio Fiscal y que son procesalmente notorios a efectos del artículo 281.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC):

1º El 14 de octubre de 2021 la Secretaría de Estado de Comunicación y el Partido Popular, emitieron un comunicado conjunto anunciando que el Gobierno y dicho partido habían llegado a un acuerdo para renovar ciertos órganos constitucionales y, además, la Presidencia y la Adjuntía de la AEPD.

2º El siguiente día 21 de octubre se hicieron públicos los nombres pactados para los distintos órganos constitucionales y, en concreto, se supo que los candidatos para la Presidencia y la Adjuntía de la AEPD eran, respectivamente, doña Belén Cardona Rubert y don Francisco de Borja Adsuaara Varela.

3º Un mes y cuatro días después, en el Boletín Oficial del Estado de 18 de noviembre, se publicaron los nombramientos de los nuevos miembros de los órganos constitucionales y también se publicó la Orden JUS/1260/2021, de 17 de noviembre, de convocatoria del proceso selectivo para cubrir la Presidencia y Adjuntía de la AEPD.

4º Concluido ese proceso, el Consejo de Ministros adoptó el Acuerdo impugnado en el que comunica al Congreso de los Diputados las dos ternas ya referidas en el Antecedente Primero de este auto.

3. A partir de esas reglas expuestas en el anterior punto 1, huelga exponer cómo la jurisprudencia ha ido concretando esos estándares legales amplios; sí nos fijamos en los ahora más intensamente concernidos. Así, no cabe oponer que la suspensión pretendida ocasionaría una grave perturbación del interés general pues, al contrario, ese interés general consiste en respetar la nueva regulación que introduce un procedimiento selectivo según las reglas antes expuestas, pensado para que la provisión de los cargos sea conforme a criterios objetivos de mérito y capacidad. Lo que sí perturbaría -y gravemente-

el interés general es apartarse de ese procedimiento para modificarlo radicalmente.

4. Lo dicho plantea abiertamente juzgar la pretensión con base en la apariencia de buen derecho de la impugnación, esto es, de su seriedad y previsible prosperabilidad. Al respecto señalamos lo siguiente:

1º La apariencia de buen derecho como criterio de enjuiciamiento de la tutela cautelar no está prevista en la LJCA. Sí en el artículo 728.2 de la LEC y de antiguo la viene considerando esta Sala, pero excepcional y restrictivamente y la razón es obvia: significa adentrarse en el fondo del litigio sin prejuzgarlo en el fondo y hacerlo con base en un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión cautelar. De ahí que la prudencia aconseje como regla general no acudir a tal criterio cuando el pleito está en sus inicios, salvo en casos absolutamente claros.

2º Hay absoluta claridad cuando *in actu oculi*, de un vistazo o a golpe de vista, se aprecia bien fundamentada la impugnación de quien pretende la tutela cautelar. Es lo que sucede cuando se impugnan actos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales o de disposiciones generales declaradas nulas, o bien cuando se recurran actuaciones idénticas a otras ya declaradas contrarias a Derecho, o sean manifiestas las infracciones al ordenamiento jurídico que aquejan a las impugnadas.

3º Así lo hemos acordado excepcionalmente en casos recientes en los que hemos acordado medidas cautelares con base en tal apariencia de buen derecho (cfr. autos 23 de enero y 29 de junio de 2000, recursos contencioso-administrativos 8 y 150/2020; 16 y 18 de febrero de 2021, recursos contencioso-administrativos 12 y 19/2021).

5. En el caso de autos consideramos que la pretensión cautelar presenta indiciariamente un fundamento de fondo serio y atendible. En los anteriores Fundamentos de Derecho hemos expuesto que, en coherencia con la

condición de la AEPD como administración independiente, la vigente normativa regula un procedimiento de selección concurrencial, público y transparente; también y como hecho notorio, que un mes y cuatro días antes de convocarse ese procedimiento selectivo se pactó, luego de hecho, se designó y eligió a quien ocuparía la Presidencia y la Adjuntía de la AEPD.

6. La consecuencia es que al apartarse del procedimiento, alterándolo de raíz hasta el punto de transformar la fase de ratificación parlamentaria por otra de elección, se ha actuado como si no existiese la vigente normativa y que, además, se ha procedido de moda que podría prestarse a dar cobertura formal a una designación ya hecha al hacerse la convocatoria. Es, por tanto, preciso suspender un acto viciado de raíz que desconoce el derecho fundamental del recurrente a acceder a un cargo en condiciones de igualdad desde el momento en que, en puridad, no hay tal proceso sino mera apariencia, con afectación al derecho del recurrente al procedimiento debido para el acceso a un cargo público de especial relevancia.

7. En el caso de autos no se trata de un procedimiento funcional, sino de proveer los dos únicos cargos directivos de un organismo estatal erigido en autoridad o administración independiente, cuya relevancia por razón de sus funciones no precisa de especial comentario. Y más allá de lo funcional, esa relevancia la evidencia que la AEPD tenga la condición de representante común de las autoridades de protección de datos del Reino de España en el Comité Europeo de Protección de Datos.

8. Esa relevancia y la gravedad de la infracción invocada exigen suspender el procedimiento selectivo ya en este momento en que llega a su fase final, sin esperar a una eventual sentencia estimatoria, pues el daño en término reputacional para la AEPD, dentro de España y ante la Unión Europea, sería mayor de dictarse una sentencia que declarase la nulidad del procedimiento de elección, con el consiguiente cese de unos cargos que son inamovibles.

9. Ciertamente la Comisión de Justicia podría no ratificar la propuesta. En teoría podría ser así, pero no cabe olvidar que el trámite parlamentario no es de selección ni de elección, sino de ratificación de la propuesta de los dos candidatos propuestos, luego no cabe que el Acuerdo impugnado innove el procedimiento al remitir dos ternas, convirtiendo el acto de ratificación de dos candidatos propuestos en un juicio selectivo de entre seis candidatos preseleccionados entre los que figuran, obviamente, los candidatos pactados por los dos partidos mayoritarios, luego hay mayoría suficiente para la ratificación.

10. Procede, en consecuencia, estimar la medida cautelar cuyos efectos alcanzan no sólo a la Presidencia de la AEPD, sino también a la Adjuntía, aun cuando el recurrente sólo figure en la terna para presidente. La razón es que el procedimiento es único, ese procedimiento que se ha modificado radicalmente afecta a ambos cargos, luego su vicio lo es en su totalidad, de raíz, a lo que se añade que ambos cargos están interrelacionados pues corresponde al Adjunto auxiliar y sustituir al presidente y las exigencias para ambos son las mismas (cfr. artículo 48,2 de la LOPDP).

SEXO.- Por razón de lo expuesto se estima el incidente cautelar y si bien la parte recurrida en autos es la Administración del Estado, en tanto que la suspensión acordada es presupuesto de una actuación parlamentaria aún pendiente, se acuerda comunicar este auto al Congreso de los Diputados.

SÉPTIMO.- Se hace imposición de las costas a la Administración por rechazarse todas sus pretensiones (artículo 139.1 de la LJCA), costas que por todos los conceptos se fijan en 500 euros (artículo 139.4 de la LJCA).

LA SALA ACUERDA:



PRIMERO.- Se acuerda suspender cautelarmente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022, por el que se comunica al Congreso de los Diputados la propuesta de candidatos a ocupar la Presidencia y la Adjuntía de la AEPD a los efectos del artículo 48 de la LOPDP, Acuerdo publicado por la Orden JUS/133/2022, de 26 de febrero.

SEGUNDO.- Comuníquese este auto al Congreso de los Diputados.

TERCERO.- Se hace imposición de las costas en los términos del último Fundamento de Derecho.

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