



Roj: STS 3511/2013
Id Cendoj: 28079130072013100194
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 298/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo

Contencioso-Administrativo

Sección: SÉPTIMA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 26/04/2013

REC.ORDINARIO(c/a)

Recurso Núm.:**298/2012**

Fallo/Acuerdo:

Votación: 24/04/2013

Procedencia:

Ponente:Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Escrito por:SGL/MSA

Nota:

Nombramiento de magistrados para la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia. Carácter reglado y no discrecional del nombramiento. Cambio de la jurisprudencia precedente al respecto.

REC.ORDINARIO(c/a) Num.:**298/2012**

Votación: 24/04/2013

Ponente Excmo. Sr. D.:Vicente Conde Martín de Hijas

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: SÉPTIMA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez
D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D. José Díaz Delgado
D. Vicente Conde Martín de Hijas

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo nº 2/298/2.012 , promovido por la Procuradora D^a Beatriz Sordo Gutiérrez, en representación del ILTMO SR. D. Gustavo , contra el Real Decreto 2100/2011, de 30 de diciembre, por el que se nombró Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 al Ilmo. D. Teodulfo .

Ha sido parte demandada el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, representado por el Abogado del Estado, y el ILTMO. SR. D. Teodulfo , representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la impugnación del Real Decreto 2100/2011, de 30 de diciembre, por el que se nombró Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 a D. Teodulfo .

SEGUNDO.- Contra dicho Acuerdo interpuso recurso contencioso-administrativo la Procuradora D^a Beatriz Sordo Gutiérrez, en representación del ILTMO. SR. D. Gustavo , mediante escrito presentado el 26 de marzo de 2012 en el Registro General de este Tribunal Supremo y, admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción . Verificado, se dio traslado al recurrente para que dedujera la demanda.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, la Procuradora D^a Beatriz Sordo Gutiérrez, en representación del ILTMO. SR. D. Gustavo , presentó escrito el 3 de mayo de 2012, en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que dicte Sentencia por la que se acuerde:

« (...) (I) ANULAR el REAL DECRETO 2100/2011, de 30 de Diciembre, publicado en el BOE el 26 de enero de 2012, por el que, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, adoptada en su reunión de 16 de diciembre de 2011, se nombra Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 a D. Teodulfo y, en consecuencia, ANULAR el nombramiento de D. Teodulfo como Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 .

(II) DECLARAR PROCEDENTE LA DESIGNACIÓN DE D. Gustavo como Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 o, SUBSIDIARIAMENTE A LO ANTERIOR, ORDENAR al CGPJ que realice el nombramiento para la provisión de la plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 convocada por el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de fecha 06/09/2011, conforme a los criterios fijados en la Base 6^a de la convocatoria, declarando la preferencia del Sr. D. Gustavo frente al Sr. D. Teodulfo conforme a esos criterios.

(III) En todo caso, IMPONGA las costas a la Administración demandada».

CUARTO.- El Abogado del Estado por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 23 de julio de 2012, tras alegar cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, contestó la demanda, y terminó por suplicar de la Sala la desestimación del recurso.

QUINTO.- El ILTMO. SR. D. Teodulfo , representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contestó a la demanda mediante escrito en el que, después de exponer los antecedentes de hecho y fundamentos que consideró de interés para la defensa de su posición procesal, terminó suplicando que se « (...) dicte sentencia por la que desestime íntegramente el recurso y declare conforme a derecho el acto impugnado, con imposición de las costas al recurrente»

SEXTO.- Contestada la demanda y habiéndose solicitado el recibimiento del juicio a prueba, por auto de fecha 24 de septiembre de 2.012, se acordó no haber lugar a recibir el presente recurso a prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la L.J.C.A , sin perjuicio de tener por incorporados los documentos aportados con la demanda y contestaciones.

No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días para que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos incorporados a los autos.

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones, por providencia de 1 de abril de 2013 se señaló para votación y fallo el día 24 de abril de 2013, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo, como ya se dijo, la impugnación del Real Decreto 2100/2011, de 30 de diciembre, por el que se nombró Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 a D. Teodulfo .

Pretende la recurrente la anulación de la resolución recurrida por cuanto, a su juicio, es contraria a derecho, aduciendo en apoyo de dicha pretensión y en esencia, los hechos que considera relevantes para la resolución de la causa, entre los que destaca una comparativa entre los méritos del recurrente y los del adjudicatario de la plaza.

A continuación expone como fundamento de su pretensión una serie de Fundamentos de Orden Jurídico Procesal y seguidamente en los Fundamentos Jurídico materiales plantea:

1º.- Que la resolución recurrida es nula ex art. 62.2 o art. 63 LRJ-PAC , por infracción de la Base 6ª de la convocatoria. Las bases son la ley del concurso.

Expone que por Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 06/09/2011 (Fol. 33 a 34 del expediente administrativo) se convocó concurso para la provisión de plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 .

Aduce que conforme disponen los arts. 326 y 330.4 LOPJ , y así lo recoge la propia Base 2º de la convocatoria, es preciso una experiencia de 10 años en ejercicio como Magistrado, además de tener un especial conocimiento en Derecho Civil, Foral y Penal, materias propias del desempeño del cargo. Tales nombramientos, deben realizarse utilizando como sistema de selección el concurso de méritos, como expresan los anteriores preceptos; sistema del que únicamente quedarían excluidos las excepciones previstas en el art. 326.2 LOPJ , esto es, los Presidentes de las Audiencias Provinciales, Presidente y Presidente de Sala de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional, y Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo. Es un nombramiento, pues, que está sometido a los elementos reglados de la propia convocatoria y si bien es admisible cierto grado de discrecionalidad, aquél no es absoluto y debe basarse exclusivamente en los méritos que en la propia convocatoria se establecen para proceder a la designación.

Manifiesta que son las bases de la convocatoria, en definitiva, las que determinan cuáles son los méritos que se han de valorar y en qué forma, y ciertamente, la DA Única del Reglamento 1/2010 dispone que la provisión de plazas de Magistrado de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia se hará por concurso (reglado) y se remite a los arts. 16 (a excepción del apartado 3º) y 17 del citado Reglamento. Pero tal remisión se refiere, sólo y exclusivamente, a las reglas del procedimiento, sin que, desde luego, sean de aplicación las normas de valoración para los nombramientos que regula el Reglamento 1/2010, referido a cargos discrecionales y que sólo puede predicarse de las plazas a los que se refiere su art. 2 , entre las que no se encuentra, en modo alguno, la de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Indica que conforme a asentada doctrina jurisprudencial, las bases de las convocatorias de los procesos selectivos de acceso a la función pública o de provisión de puestos comprometen tanto a la Administración convocante como a los aspirantes que optan a la plaza convocada. En efecto, constituyen Ley de la convocatoria y, en consecuencia, las partes y los Tribunales o Comisiones de Selección se encuentran vinculados por lo que disponen las Bases de la convocatoria.

En abono de su tesis invoca, con reproducción selectiva de contenidos de las mismas, la STS (Sala 3ª, Sec. 7ª) de 24/03/2003 (RJ 2003\3766), la STS (Sala 3ª. Sec. 1ª) de 03/03/2005 (RJ 2005\2212).

Afirma que, tal y como consta en la Base 6ª de la convocatoria, son cuatro elementos los que tenían que ser objeto de consideración, de manera principal, para la provisión de la plaza convocada, y por ese orden: 1º.- El tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial; 2º.- El ejercicio en destinos correspondientes a los órganos jurisdiccionales civil y penal; 3º El tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados; 4º.- Y las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica. Sólo de manera complementaria y absolutamente residual se añadía el ejercicio de actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia.

En palabras del recurrente la disposición objeto de recurso se aparta abiertamente de las bases establecidas en la convocatoria del concurso para designar el puesto de Magistrado, adoptando la decisión de designar al Ilmo. Sr. D. Teodulfo sobre la base de un criterio absolutamente discrecional, y tomando como único motivo su especial conocimiento del Derecho Civil Aragonés, cuando tal especialidad únicamente puede constituir presupuesto para ser admitido en el procedimiento de selección, pero fijándose en el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de fecha 06/09/2011 por el que se convoca la plaza, que la provisión se llevará a cabo por concurso, y las bases de ese concurso establecen que para la designación debe atenderse, solo y exclusivamente, a los criterios especificados en su Base 6º. No es posible prescindir del contenido en tal resolución, para acordar la designación del adjudicatario por otros criterios que el Pleno del CGPJ considere más oportunos, pues sencillamente se está incurriendo, no solo en infracción de la legalidad ordinaria (las propias bases son la Ley del concurso, como ha reiterado la doctrina jurisprudencial), sino también en infracción del derecho fundamental de acceso a la función pública ex art. 23.2º CE en su vertiente de provisión de puestos. Máxime, cuando todos los aspirantes tienen ese conocimiento, como expresamente se indica en la Nota informativa al estudio sobre propuesta de nombramiento para la provisión de la plaza convocada de 21/11/2011 (Fol. 28 a 32 del expediente administrativo).

Argumenta que, como presupuestos para poder participar en el concurso, la normativa de aplicación citada y las mismas bases de la convocatoria, exigen, por un lado, una antigüedad en la categoría de Magistrado de diez años, y por otro, el conocimiento de derecho civil aragonés. Indica que todos los candidatos propuestos por a Comisión de Selección, pero específicamente el adjudicatario y el Sr. Gustavo , cuya comparativa de méritos es la que se debe tener en cuenta aquí, acreditaron el cumplimiento de ambos requisitos, y por ello se pasaron a la fase de valoración de méritos, que, como se ha dicho y reiterado, habrían de ser única y exclusivamente los especificados en la convocatoria.

En opinión del recurrente lo que no cabía es que esos dos presupuestos o requisitos, una vez cumplidos, pasaran a su vez a constituir méritos valorables en función de su mayor intensidad. Es decir, no cabía valorar ya que el tiempo servido en categoría de Magistrado superior a los diez años fuera mayor o menor, como tampoco que el conocimiento suficiente del Derecho Civil Aragonés, una vez acreditado, fuera de un nivel u otro en comparación de un candidato y otro. En todo caso, ello podría ser valorado sólo de manera subsidiaria y complementaria como actividad no jurisdiccional, pero no desde luego de manera principal. En cualquier caso, lo que resulta gravemente perturbador y atentatorio al principio de igualdad, es que se valore como mérito el grado de conocimiento del Derecho Civil Aragonés, que no es sino requisito, y que no se haga entonces por la misma razón el tiempo de servicios prestados en la categoría, que también es mero requisito de tiempo mínimo de diez años, pues en este aspecto el Sr. Gustavo acredita 26 años frente a los 21 años del designado, de los cuales ambos han desempeñado 19 y 6 años respectivamente, en órganos colegiados.

Añade que es, pues, aquí donde de manera esencial incide en vicio de nulidad la resolución del Pleno del CGPJ, pues como justificación de la designación se atiende a la formación jurídica y a la actividad complementaria relativa al Derecho Civil Aragonés, méritos que no son los contemplados como tales por las bases de la convocatoria, y que, caso de poderse valorar, sería sólo de manera complementaria, y por si con arreglo a los méritos principales indicados no existiera una diferenciación clara entre candidatos. Desde luego resulta irrelevante, incluso como mérito complementario, el servicio prestado en Sala de Gobierno, cuando la plaza convocada de Magistrado de Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia no tiene atribuido funciones gubernativas que son las específicamente atribuidas a las Salas de Gobierno.

Alega que, si, como ocurre en el presente caso, hay varios aspirantes que cumplen con los requisitos establecidos en la Base 2ª; ésto es, son Magistrados que superan los 10 años prestando servicios en esa categoría y además tienen un especial conocimiento del Derecho Civil Aragonés, no podrá acudir a este último criterio, que ya se presupone y se acepta que tienen todos los aspirantes para justificar la designación en uno de ellos, sino que forzosamente, porque así lo establece la convocatoria, habrá de acudir a los criterios establecidos en la propia Base 6ª, que son los únicos que pueden tenerse en consideración para proceder a la designación para puesto convocado.

Argumenta que, atendiendo a estos méritos propios de los dos candidatos, la comparativa es abrumadora y claramente favorable al Sr. Gustavo :

- 28 años de tiempo de servicio en la carrera judicial frente a 22.

- 28 años, es decir la totalidad del servicio prestado, en ejercicio efectivo de órganos de la jurisdicción civil y penal, frente a los prestados por el adjudicatario que lógicamente han sido muy inferiores.

- 19 años de servicios prestados en órganos colegiales frente a los 6 prestados por el adjudicatario, datando ello nada menos que de 1997 y sin que desde luego se pueda tomar en consideración como se hace por algún integrante del Pleno del CGPJ en las deliberaciones según la complementación del expediente remitida, la causa por la que no haya podido acceder a tal clase de plazas pues ello en definitiva no es sino consecuencia del sistema de carrera vigente.

- 48 sentencias en materia específica de derecho civil aragonés y todas en órgano colegiado, frente a sólo 6 del adjudicatario en órgano unipersonal.

2º.- Que la resolución recurrida es nula ex art. 62.2 LRJ-PAC , por falta de motivación.

Manifiesta que incluso admitiendo, a los solos efectos dialécticos y subsidiariamente, que el nombramiento es para un cargo de carácter discrecional, opción por la que se decanta en apariencia, al menos, el Pleno del CGPJ, es indudable que carece de falta de motivación en cuanto a los criterios empleados.

Expone el recurrente la evolución de la doctrina jurisprudencial en materia de nombramientos discrecionales, citando las SSTS (Sala 3ª) de 03/02/2011 , 04/02/2011 , 07/02/2011 y 11/03/2012 y la STS (Sala 3ª, Pleno) de 03/02/2011 . Con apoyo en esa base jurisprudencia afirma que es necesario que por el Órgano de Gobierno se realice un contraste de méritos y trayectoria sólo de los que sean parte en el proceso y en los supuestos de nombramientos puramente discrecionales (aunque no es el caso), en la medida que estaba sometido a las bases de la convocatoria (y, más concretamente, a los presupuestos y méritos contemplados en la Base 6ª), debe procederse a la anulación de los nombramientos, cuando las valoraciones de las que se ha servido el Pleno del CGPJ incurren, de manera inequívoca u ostensible, en error, extravagancia o arbitrariedad.

Entiende que el "test o escrutinio de motivación" debe ser especialmente riguroso cuando las trayectorias de los candidatos presentan diferencias especialmente acusadas, y así ocurre en el presente caso, pues muy divergentes han sido los caminos profesionales del Magistrado recurrente y el adjudicatario.

Reitera que el Magistrado recurrente lleva en la carrera judicial más de 28 años, por los 22 del adjudicatario; también es amplia la diferencia de tiempo en cuanto al ejercicio como Magistrado por ambos: 26 años por 21 del adjudicatario; y mucha mayor es la diferencia respecto al tiempo en que ambos han pertenecido a un órgano colegiado, como lo es el del órgano del que se convocaba la plaza (19 años, mientras que el adjudicatario lo hizo durante un periodo de tiempo que no llega a los 6 años, siendo su último destino en un órgano de tal categoría en el año 1997). Y también consta acreditado, precisamente, que las resoluciones dictadas en materia de Derecho Foral de Aragón (el criterio último manejado por el propio Consejo General del Poder Judicial) es mucho más profuso el número de resoluciones dictado por el recurrente (y mayor el número, también, de las destacadas en ese ámbito por el informe de la Comisión de Calificación) que las dictadas por el Ilmo. Sr. D. Teodulfo .

Sostiene que ninguna razón se contiene en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16/12/2011, ni mucho menos en las deliberaciones del propio órgano, que única y exclusivamente se refieren a la ya indicada especialización del adjudicatario en materia, sin aportar ni un solo razonamiento del que pueda inferirse cuál es el motivo que lleva a decantarse por el Ilmo. Sr. D. Teodulfo en lugar de por el recurrente, cuando, como se ha indicado, la carrera profesional de ambos es divergente y muy superior en cuanto a méritos objetivos la del Sr. Gustavo . La designación se convierte pues, en ese puro voluntarismo inmotivado que el Tribunal Supremo ha proscrito.

Recuerda el recurrente el contenido de las Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3º) de 13/10/2011 , 29/01/2008 y 12/04/2011 , y concluye que la resolución del Pleno del CGPJ y, en consecuencia, el Decreto 2100/2011 no es sólo que se hayan apartado y no hayan considerado los criterios y méritos contemplados en las bases de la convocatoria, es que, aún cuando, dicho a los meros efectos dialécticos, la designación para cubrir la plaza convocada fuera una decisión discrecional, tampoco se cumplen con los requisitos anteriormente expresados que exige la jurisprudencia para considerar que el nombramiento acordado se encuentra motivado o fundado.

3º.- Que la resolución recurrida es nula ex art. 62.2 LRJ-PAC , por vulneración del derecho de acceso a la función pública, con infracción del art. 23.2º CE .

Sostiene la nulidad de la resolución impugnada por vulnerar derecho al acceso a la función pública, en su vertiente de provisión de puestos y, más concretamente, dentro de la carrera judicial, de conformidad con los principios rectores de igualdad, mérito y capacidad, en la medida en que al candidato designado se le ha otorgado una plaza a la que también aspiraba el recurrente, a pesar de no haber acreditado unos méritos superiores a los del recurrente, de conformidad con los criterios establecidos en la Base 6º de la convocatoria, que son los que, en definitiva, tenían que haberse considerado para designar al aspirante a dicho puesto.

Afirma que el resultado de todo ello es que al recurrente se le priva del acceso al puesto de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 , al que había concurrido en condiciones de igualdad, lo que supone una vulneración del derecho al acceso a la función pública, consagrado en la Constitución Española, que dedica dos preceptos, el art. 23. 2 y el art. 103. 3, a esta materia, proclamando el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, y, en este caso, en su vertiente de provisión de puestos, con los requisitos que establezcan las leyes, y declarando que la selección de las personas que han de ocupar los puestos públicos se efectuará de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Aduce que en este caso se produce una auténtica vulneración de los principios rectores de las Bases del concurso y, más concretamente, respecto a los méritos que deben considerarse a todos los candidatos, en la medida que, habiendo acreditado en su opinión unos méritos superiores a los del candidato escogido de entre los establecidos en la Base 6ª del concurso, en definitiva, unas mejores condiciones para el desempeño del puesto al que se aspira, decide otorgar, en claro perjuicio del recurrente, a otro candidato que tiene unos méritos inferiores, sin que haya acreditado suficientemente una mejor posición en cuanto a sus aptitudes y demás condiciones para justificar su acceso al puesto finalmente concedido.

Concluye que tal circunstancia, además de la vulneración indicada de la legalidad (arts. 326 , 330.4 LOPJ y Base 6ª de la convocatoria), supone la vulneración del derecho fundamental invocado y contemplado en el art. 23.20 CE por lo que también por este motivo deberá anularse el nombramiento del Ilmo. Sr. D. Teodulfo .

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en su escrito de oposición comienza sintetizando la tesis del recurrente, y se opone a la estimación recurso, aduciendo que las tres alegaciones contenidas en la demanda pueden ser tratadas y desvirtuadas conjuntamente, pues en realidad lo que tratan de justificar y defender es que la decisión del CGPJ de designación del Magistrado no cumplió con los requisitos que exige un proceso de concurso para cubrir una plaza en la función pública, por desviación en relación con las bases del concurso, por falta de motivación y por vulneración del derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad.

En apoyo de su tesis cita el Abogado del Estado la Sentencia de 18 de mayo de 2010 , de la que efectúa reproducción parcial de contenidos y con apoyo en dicha base jurisprudencial afirma que las actuaciones verificadas en el presente caso para la designación del Magistrado fueron exactamente las mismas que en el caso de la Sentencia transcrita que falló la adecuación a Derecho del nombramiento controvertido.

Aduce que en el presente caso el nombramiento adoptado por el Consejo General del Poder Judicial es plenamente ajustado a Derecho, porque la decisión se ha tomado dentro del margen de actuación que le reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Jurisprudencia que la interpreta.

Sostiene que consta en el expediente administrativo el informe de la Comisión de Calificación, de 30 de noviembre de 2011, en el que aparece una propuesta de nombramiento, adoptada por unanimidad, a favor de cinco interesados entre los que se encuentra el finalmente designado.

Añade que así mismo consta el certificado del acta de la reunión del Pleno del CGPJ en la que se adoptó el acuerdo de designación, con una resumida descripción del debate producida y las correspondientes votaciones.

Manifiesta que debe considerarse que en el presente caso se han dado en el proceso de nombramiento los requisitos exigidos jurisprudencialmente, y que el recurrente en ningún momento duda de la legalidad, objetividad y debida motivación del informe de la Comisión de Calificación, lo que añade mayor valor al proceso de selección.

Expone que, la consecuencia de todo lo anterior es que las alegaciones de la demanda deben ser rechazadas porque el acto de designación por parte del Pleno del CGPJ no es, como se señala en la sentencia

transcrita, un concurso de méritos en sentido estricto, en el que se deba reconocer el derecho al nombramiento al que justifique más méritos, sino que se trata de un proceso de elección en el que existe una especial libertad para incluir determinados méritos o circunstancias que se consideren especialmente relevantes para el perfil del puesto en función de las necesidades del órgano jurisdiccional. Méritos o circunstancias que pueden ser valoradas por el Pleno del CGPJ para dar lugar a la designación.

Concluye que el análisis de la pretensión de la recurrente desde la perspectiva antes descrita lleva a tener que desestimar sus alegaciones relativas a la vulneración de las bases de la convocatoria, la falta de motivación y la conculcación del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, porque todas ellas se plantean desde la errónea consideración de que los nombramientos del Pleno del CGPJ constituyen procesos de concursos de méritos consistentes en una simple operación de recuento y valoración de méritos de quienes aspiren a determinados cargos judiciales, pues ello no es así.

TERCERO.- La representación procesal de D. Teodulfo se opone a la estimación del recurso, aduciendo que en los hechos primero y tercero de la demanda el actor sostiene que dicha convocatoria impide de plano valorar los méritos de los candidatos correspondientes al Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma de Aragón, pues la parte demandante distingue entre los requisitos (Base Segunda) y los méritos (Base Sexta) de la convocatoria, llegando a la conclusión de que no cabe valorar como mérito el especial conocimiento del Derecho civil aragonés.

Sostiene el Magistrado recurrido que se trata de una conclusión ilógica y carente de base jurídica, pues la parte recurrente confunde el reconocimiento por el CGPJ del Derecho civil propio como mérito preferente en los concursos para órganos jurisdiccionales en determinadas Comunidades Autónomas. El título III del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial regula las actividades formativas que dan lugar al reconocimiento de este mérito (un curso de 100 horas), incluyéndose el listado de Magistrados que las han realizado en el escalafón de la Carrera Judicial, y que los solicitantes de la plaza de autos debían acreditar este mérito: se trata del requisito exigido en la base segunda de la convocatoria.

Afirma que además de este curso formativo, el nombramiento como Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de DIRECCION000 obliga a valorar los especiales conocimientos de cada candidato del Derecho civil aragonés, y, en efecto, la competencia civil de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ se centra en los recursos de casación y revisión fundados en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad (art. 73.1 de la LOPJ), razón por la cual las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ radicadas en Comunidades Autónomas que tienen Derecho civil propio (como Aragón o Cataluña) tienen el doble número de Magistrados que las restantes.

Manifiesta que es cierto que los especiales conocimientos de Derecho civil aragonés están expresamente mencionados en la base segunda de la convocatoria, al igual que los diez años de servicios en la categoría, y que esa base es trasunto del art. 330.4 de la LOPJ . Aduce que sin dichos conocimientos especiales no es dable aspirar a una plaza, cuya competencia civil se centra en el Derecho civil foral aragonés; pero ello en modo alguno excluye que pueda y deba valorarse el especial conocimiento por los interesados de esta materia, como mérito para su provisión. En efecto, la base sexta de la convocatoria no puede interpretarse aisladamente, y debe ponerse en relación con la base segunda, pero es que incluso la propia base sexta menciona como mérito el ejercicio de actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia. Este mérito incluye los conocimientos especiales relativos al Derecho civil foral aragonés.

Expone que si la convocatoria impugnada, como sostiene la parte recurrente, efectivamente prohibiese valorar los méritos relativos al conocimiento del Derecho civil aragonés, en tal caso vulneraría el art. 330.4 de la LOPJ , que, en coherencia con la competencia jurisdiccional atribuida a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ por el art. 73.1 de la LOPJ (centrada en este Derecho civil), exige que las plazas sean cubiertas por Magistrados que "tengan especiales conocimientos en derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma" (art. 330.4 de la LOPJ), lo que obliga a valorar sus especiales conocimientos en este ámbito. Alega que la parte recurrente en ningún momento afirma que dicha convocatoria vulnere la LOPJ, y, en efecto, no la vulnera, porque debe interpretarse en relación con dicho precepto legal, valorando los especiales conocimientos de los candidatos en este ámbito.

Destaca que el énfasis de la parte demandante en orillar los méritos relativos al Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma de Aragón se debe a su escaso bagaje en este ámbito, pues en palabras del Magistrado recurrido un examen desapasionado de los méritos alegados por el actor revela que su interés se ha centrado en otros ámbitos del Derecho distintos del Derecho aragonés, lo que se evidencia en opinión del recurrido por la tardanza en realizar el preceptivo curso de Derecho civil aragonés (no fue hasta el año 2008

cuando el demandante realizó el curso necesario para el reconocimiento del mérito preferente de conocimiento del Derecho civil aragonés folio 23 del expediente administrativo); así como por la inactividad del actor en este ámbito.

Aduce que de los 12 cursos o seminarios en los que ha participado (folios 645 y 646 del expediente administrativo), que incluyen uno sobre el Sistema Judicial Holandés, solo uno se refiere al Derecho civil aragonés: el preceptivo curso, sin el cual no se puede solicitar la plaza debatida. Y de todas las actividades docentes (folios 646 a 649 del expediente administrativo), ninguna está centrada específicamente en el Derecho civil aragonés, al igual que los cinco libros de los que es coautor (por error, en la ficha elaborada por la Comisión de Selección se le menciona como autor de los cinco libros, pero en los méritos por él alegados figura como coautor, folios 22 y 649 y 650 del expediente administrativo) y los nueve artículos en revistas doctrinales -folios 649 y 650 del expediente administrativo).

El Magistrado recurrido indica que obtuvo el reconocimiento por el CGPJ del conocimiento del Derecho civil aragonés en fecha tan temprana como el 27-12-1999 (folio 383 del expediente administrativo), que realizó el prolijo curso de Derecho aragonés impartido por la Universidad pública de Zaragoza, Cátedra de Derecho Aragonés "José Luis Lacruz Berdejo" de 250 horas de duración (folio 383 del expediente administrativo), y que ha publicado artículos doctrinales sobre Derecho Civil Aragonés, en particular en la Revista de Derecho Civil Aragonés y en el Foro de Derecho Aragonés (folios 383 y 384 del expediente administrativo). El Foro de Derecho Aragonés, integrado por todas las instituciones aragonesas relacionadas con el Derecho civil aragonés, es el centro paradigmático de estudio y conocimiento de esta rama del Derecho, habiendo celebrado XXI encuentros, en los que han participado los juristas estudiosos de esta materia, entre los que se encuentra el recurrido, a diferencia del recurrente.

Afirma que es cierto que el demandante presenta una selección de 48 sentencias sobre Derecho aragonés, pero ello no obedece más que a un criterio de selección de resoluciones, sin que la labor jurisdiccional del recurrido difiera sustancialmente de la del actor en la aplicación del Derecho aragonés, por razón de su destino en un órgano judicial civil de Zaragoza desde 1997 -y aun antes, al aplicar en Cataluña el Derecho aragonés como ley personal-.

En el sentir del Magistrado recurrido el nombramiento de un Magistrado del Tribunal de casación del Derecho Civil Aragonés obliga a acreditar que, más allá de las sentencias que el actor se ha visto obligado a dictar en virtud de su ejercicio profesional, el solicitante se ha dedicado al estudio y formación relativos a dicha rama del Derecho, evidenciados por sus publicaciones, conferencias y su participación en el foro en que se estudia, lo que solo puede predicarse del Magistrado al que al final se adjudicó la plaza.

El Magistrado recurrido apoya su pretensión desestimatoria del recurso en los artículos 326.2 y 330.4 de la LOPJ, la Disposición Adicional Única del Reglamento 1/2010 y en las Sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 (Recurso 288/2009), 17 de marzo de 1992 (Recurso 180/1995), 12 de diciembre de 1998 (Recurso 795/1996), 29 de enero de 2008 (Recurso 247/2004), 12 de junio de 2008 (Recurso 184/2005), 12 de junio de 2008 (Recurso 185/2005, sic), de 29 de mayo de 2006 (Recurso 309/2004), 27 de noviembre de 2007 (Recurso 407/2006), de 23 de noviembre de 2009 (Recurso 372/2008).

Para el Magistrado recurrido es significativo que el Reglamento del CGPJ que regula "la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales" sea el que regula el nombramiento de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ de origen judicial.

Sostiene que este Reglamento 1/2010 se limita a normativizar la doctrina jurisprudencial sobre los nombramientos discrecionales del CGPJ (así se explica por la reciente sentencia del Pleno de la Sala Tercera del TS de 7-2-2011, recurso 343/2009, RJ 2011/1150, FD 7º, párrafos 5º y 6º, y se detalla en la exposición de motivos de dicho Reglamento 1/2010). La base sexta de la convocatoria, en consonancia con los artículos 5 y siguientes del Reglamento para la provisión de otras plazas de nombramiento discrecional, viene a sentar los criterios que ya eran objeto de ponderación en la doctrina jurisprudencial recaída en impugnaciones de plazas de nombramiento de carácter discrecional.

Aduce que la disposición adicional única del Reglamento 1/2010 del CGPJ, que regula la provisión de plazas de Magistrado de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ correspondientes al turno de la Carrera Judicial, al remitirse a los arts. 16 y 17 de este Reglamento, que regulan los nombramientos discrecionales, no está estableciendo un concurso reglado sobre la base del criterio escalafonal (como las plazas que se adjudican al Magistrado más antiguo en el escalafón), sino que regula un nombramiento discrecional, en el que la plaza puede adjudicarse, como así ocurre frecuentemente, a un Magistrado más moderno que otros peticionarios, aunque haciendo hincapié en la exigencia de motivación.

En palabras del recurrente aun cuando el art. 326.2 de la LOPJ establece que la provisión de destinos relativos a las plazas de Presidentes de Audiencias, TSJ, Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y Magistrados del TS, es discrecional, el TS ha hecho hincapié en el control judicial de estos nombramientos discrecionales, exigiendo la preceptiva motivación, y el art. 330.4 de la LOPJ, al regular la provisión de plazas de Magistrado de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ correspondientes al turno de la Carrera Judicial, no establece un concurso reglado basado en el criterio de antigüedad, sino que exige que sean nombrados a propuesta del CGPJ entre los Magistrados con 10 años en la categoría y en el orden civil o penal y que tengan especiales conocimientos en Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma.

Alega que, al descartar el nombramiento por mera antigüedad y establecer varios criterios de estos nombramientos, el TS siempre ha defendido que se trata de nombramientos discrecionales, aplicando la doctrina jurisprudencial establecida para los nombramientos discrecionales de Magistrados del TS.

Insiste en que ni el citado Reglamento 1/2010, que se remite al procedimiento de nombramientos discrecionales para estos nombramientos de los Magistrados de la Sala Civil y Penal de los TSJ, ni la convocatoria de autos, que no contiene en su base sexta, pese a la insistencia del recurrente, ningún baremo de méritos cuantificable que permita su impugnación jurisdiccional (no se atribuyen puntos por años de ejercicio profesional, años de ejercicio en órganos colegiados, etc.), dejan sin efecto la citada doctrina jurisprudencial, que trae causa de la LOPJ, la cual no puede dejarse sin efecto por un reglamento del CGPJ.

Expone que una vez que los candidatos reúnen los requisitos mínimos exigidos: antigüedad y conocimiento del Derecho civil de la Comunidad Autónoma, el CGPJ dispone de discrecionalidad para efectuar el correspondiente nombramiento, y la propia parte actora, reconoce la existencia de un margen (le discrecionalidad en estos nombramientos, al afirmar: "si bien, es admisible cierto grado de discrecionalidad, aquél no es absoluto" (folio 13 del escrito de demanda, párrafo tercero), lo que contradice su tesis de que se trata de un mero concurso reglado.

Repara el recurrido en el hecho de que todos los pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo en los que se han enjuiciado nombramientos discrecionales del CGPJ han finalizado con sentencias desestimatorias, y destaca que todas las sentencias del TS citadas por el actor en los fundamentos de derecho del escrito de demanda, son pronunciamientos desestimatorios de la impugnación del nombramiento judicial efectuado por el CGPJ, y que la parte recurrente no ha citado en los fundamentos de su demanda ni una sola sentencia que estime una impugnación como la suya.

CUARTO.- Un examen de los autos y del expediente administrativo pone de manifiesto, entre otros hechos, relevantes para la resolución del proceso que:

1º.- Por Acuerdo de 6 de septiembre de 2011, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, se convocó concurso para la provisión de plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000, entre miembros de la Carrera Judicial, con categoría de Magistrado.

En lo que aquí interesa, el mencionado acuerdo establecía que, de conformidad con lo establecido en los artículos 326 y 330.4 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Disposición adicional única del Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, por el que se regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales («BOE» de 5 de marzo), la Comisión Permanente del Consejo General, en su reunión del día de la fecha y en uso de las facultades delegadas por el pleno en su sesión de 29 de octubre de 1997 («Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre), ha acordado anunciar concurso para la provisión de una plaza de Magistrado/a de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000, entre miembros de la Carrera Judicial, con categoría de Magistrado, por jubilación forzosa por cumplimiento de la edad legalmente establecida del Magistrado don Leandro, y que el concurso se regiría por las bases siguientes:

« Segunda.

La provisión de la plaza anunciada se efectuará, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial entre los/as Magistrados/as solicitantes que, a la fecha en que ha de producirse la vacante, 15 de abril de 2011, hubieren prestado diez años de servicios en la categoría y en el orden jurisdiccional civil o penal y tengan especiales conocimientos de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma de DIRECCION000.

(...)

Sexta.

Para la provisión de la plaza anunciada serán objeto de ponderación el tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el ejercicio en destinos correspondientes a los órdenes jurisdiccionales civil y penal, el tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados y las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad técnica dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional en los órdenes civil y penal. Como méritos complementarios a los anteriores se tendrán en cuenta el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia».

2º.-Al proceso para la provisión de plaza concurren siete Magistrados, que presentaron en plazo su correspondiente instancia (Fol. 35 a 54 del expediente administrativo) y la acreditación de sus méritos, entre ellos:

- Magistrado Ilmo. Sr. D. Teodulfo , titular del Juzgado de Primera Instancia n° NUM000 de DIRECCION001 (folios 381 a 607 del expediente administrativo).

- Magistrado Ilmo. Sr. D. Gustavo , Magistrado de la Audiencia Provincial de DIRECCION001 (folios 642 a 662 del expediente administrativo).

De los dos, el Magistrado Ilmo. Sr. D. Gustavo , ocupa en el escalafón el número 206 y el Magistrado Don Teodulfo el número 1.101 en el escalafón.

3º.-La Comisión de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 , en sesión celebrada el 18 de noviembre de 2011, adopto el siguiente acuerdo (folio 25 de expediente administrativo):

«1. Comunicación del Consejo General del Poder Judicial, por el que se interesa se remita informe respecto a los aspirantes que han solicitado la provisión de la plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 .

En relación con el informe solicitado respecto a los aspirantes para la plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 , la Sala de Gobierno informa que todos los candidatos llevan más de 20 años en la Carrera Judicial, que todos ellos llevan sus Juzgados y Secciones al día y que pueden ser todos ellos considerados como juristas de reconocida competencia. Por lo tanto, en esta Sala considera que todos ellos son idóneos para ocupar la plaza a la que se ha hecho referencia, sin perjuicio de la decisión que tome la Comisión de Calificación tras el examen pormenorizado de los méritos de cada uno de los candidatos.

Participese el Presente acuerdo a la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial y quede constancia en el expediente n° 66/11, mediante certificación».

4º.- El 30 de noviembre de 2011 la Comisión de Calificación adoptó el acuerdo siguiente (folio 6 de expediente administrativo):

« Elevar al Pleno, para provisión de una plaza de Magistrado/a de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 , correspondiente al turno de Carrera Judicial, vacante por jubilación forzosa por cumplimiento de la edad legalmente establecida de D. Leandro , habiendo sido designado ponente D. Claro José Fernández-Carnicero González después de amplio debate sobre los méritos de los solicitantes, memoria y/o resoluciones y demás documentación presentada por los mismos, propuesta de nombramiento a favor de los Magistrados que seguidamente se relacionan, adoptada por orden alfabético y unanimidad, según informe resultado de la deliberación:

- Luis María
- Andrés
- Teodulfo
- Eusebio
- Leon ».

Al mencionado Acuerdo se acompañó un informe justificativo de dicha decisión, de cuyo contenido es necesario transcribir lo relativo a los Magistrados Don Teodulfo y D. Gustavo , que es lo siguiente:

« D. Teodulfo

Ingresó en la Carrera Judicial en 1988, acreditando 22 años, 3 meses y 17 días de antigüedad en la Carrera Judicial y 21 años y 6 días en la categoría de Magistrado. Figura en el escalafón con el n° 1.101,

cerrado a 31.1.11. Ha estado destinado, como Juez, en el Juzgado de Distrito nº NUM001 de DIRECCION002 , órgano convertido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº NUM002 de DIRECCION002 . Fue destinado a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de DIRECCION002 en noviembre de 1991 hasta julio de 1997, fecha en la que pasa a desempeñar el cargo en el Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 , en la que permanece al día de la fecha.

Ha sido miembro de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 por elección directa de Jueces y Magistrados desde el año 2000 a 2004.

Respecto de su actividad jurisdiccional, este candidato aporta memoria comprensiva de los datos identificativos de las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica dictadas durante su trayectoria profesional de las que ha sido ponente -cuyo texto aporta en soporte electrónico-, en materias propias de derecho penal y civil cuyo examen revela que las cuestiones jurídicas planteadas se analizan adecuadamente, que están convenientemente motivadas y que acreditan un minucioso estudio, así como una adecuada calidad técnico-jurídica.

Han sido objeto de especial consideración por la Comisión de Calificación, las dictadas en los asuntos penales siguientes Sentencia 19/1993, de 1 de junio, Rollo de Sala 2/1991, de la Sección Segunda de la Audiencia de Lleida, en la que se analiza la prueba indiciaria y la coautoría en un delito de doble asesinato; Sentencia nº 1/1992, de 22 de enero de 1992, Rollo nº 205/1991, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida sobre delito cometido en el extranjero consistente en un delito de falsificación de documento público en concurso con delito de estafa por simulación de un fallecimiento en Méjico para estafar a una aseguradora; Sentencia 5/1 993, de 6 de febrero de 1993, Rollo 207/1991, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida . Sobre robo con fuerza en las cosas, apreciando delito continuado y delito receptación; Auto de 13. de diciembre de 1996, Rollo de apelación penal 1/1996, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida sobre ejecución de sentencia penal en el que se analiza la práctica de prueba y derecho de defensa, el principio de contradicción en la tramitación del recurso de apelación y el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales en sus propios términos; Sentencia de 25 de febrero de 1997, Rollo de apelación 34/1997, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida sobre Impudencia con resultado de lesiones en la que se analiza el concepto de imprudencia por daños causados en un espectáculo de pirotecnia; Sentencia de 25 de febrero de 1997, Rollo de apelación nº 2/1997, Sección Segunda de la Audiencia Provincia de Lleida sobre delito de daños causados por vehículo a motor en la que se analiza a cobertura de compañía aseguradora y la actuación contraria a la buena fe;

En materia civil cabe destacar las siguientes: Sentencia de 18 de julio de 2005, Juicio Ordinario nº 105/2005 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 sobre Inmisiones y relaciones de vecindad en relación a la Inmisión de humos procedentes de fábrica de cartonaje; Sentencia 41 /2009, de 18 de febrero de 2009, Procedimiento de Juicio Ordinario 248/2008 del Juzgado de Primera Instancia NUM000 de DIRECCION001 por indemnización por clientela en el contrato de agencia; Sentencia 223/2009, de 9 de octubre de 2009, Procedimiento de Juicio Ordinario nº 386/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 sobre nulidad de testamento por falta de capacidad del causante; Sentencia 223/2009, de 9 de octubre de 2009, Procedimiento de Juicio Ordinario nº 386/2008 del Juzgado de Primera Instancia NUM000 de DIRECCION001 sobre distinción entre cláusulas delimitadoras y limitativas en el contrato de seguro; Sentencia 31/2008, de 7 de febrero de 2008, Procedimiento de Juicio Ordinario n ° 449/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 en la que se realiza la interpretación del artículo 141 de la Compilación del Derecho civil de Aragón; Sentencia 27/2010, de 8 de febrero de 2010, Procedimiento de Juicio Ordinario nº 507/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 en la que se realiza un estudio sobre la posibilidad de sumisión a arbitraje de controversia derivada de compraventa de vivienda por incumplimiento contractual; Sentencia 16/2009, de 26 de enero de 2009, Procedimiento de Juicio Ordinario nº 579/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 sobre contrato de arrendamiento de servicios en la que se analiza el pacto de exclusividad; Sentencia 33/2010 , de 3 de marzo de 2010 , Procedimiento de Juicio Ordinario nº. 656/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 . Sobre aplicación de normas de los contratos de agencia a un contrato de distribución en exclusiva; Sentencia de 8 de febrero de 2006, Procedimiento de Juicio Ordinario nº 822/2005 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 sobre responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros por riesgos extraordinarios; Sentencia 58/2011, de 10 de marzo de 2011, Procedimiento de Juicio Ordinario nº 951/2009 del Juzgado de Primera Instancia n ° NUM000 de DIRECCION001 por intromisión del Derecho al honor por haber comunicado indebidamente datos de los demandantes a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE); Sentencia 180/2008, de 28 de julio, Procedimiento de división de herencia nº 291/2008 del Juzgado de Primera Instancia

no NUM000 de DIRECCION001 sobre el alcance de la división de herencia y la posibilidad de ventilar también la liquidación del régimen matrimonial. Ley aplicable al caso; Auto de 18 de enero de 2011, Ejecución de título no judicial nº 1361/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 sobre ejecución de aval en garantía de la compraventa de vivienda y el alcance de la oposición de la entidad que presta el aval; Sentencia 244/2010, de 29 de octubre, Juicio Cambiario nº 640/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 . Sobre oposición de la exceptio doli y de la excepción de tráfico gratuito frente a la reclamación de letras de cambio; Sentencia de 11 de mayo de 2007, Procedimiento de juicio verbal nº 1429/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº NUM000 de DIRECCION001 sobre interpretación del artículo 108 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; Sentencia nº 18/1995, de 17 de enero de 1995, Rollo 41/1995, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida sobre aplicación en Cataluña de la Ley Civil Aragonesa; y Sentencia de 9 de mayo de 1994, Rollo de apelación 105/1994, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida sobre Derecho de sociedades, impugnación de acuerdos, requisitos de convocatoria de la Junta.

Tiene reconocido por el Consejo General del Poder Judicial el mérito preferente del conocimiento del Derecho Civil Aragonés, por Acuerdo de 27 de diciembre de 1999.

La actividad jurisdiccional del Sr. Teodulfo se complementa con la docente y de participación en jornadas, seminarios, congresos etc...

En cuanto a la actividad docente, cabe destacar la siguiente:

- Profesor de la asignatura Practicum de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Cursos 2004/2005 a 2010/2011.
- Tutor de Prácticas Universitarias en las Oficinas Judiciales. Cursos 1993/94 a 1996/97.
- Tutor de la Escuela Judicial de Barcelona.
- Coordinador Territorial de Aragón de los Jueces en prácticas en 2009 y 2010.
- Profesor de cursos de formación para funcionarios sobre Derecho Procesal en el año 2001.

Fue Director del curso "Nuevas contrataciones. Las ofertas de compra con revalorización y la reforma hipotecaria. La hipoteca inversa", codirector del Seminario para la reforma procesal civil de la Ley 12/2009 y coordinador de seminario sobre el proceso monitorio con especial referencia al proceso monitorio europeo y reclamaciones de escasa cuantía.

Ha intervenido como ponente en un total de 28 eventos entre seminarios, jornadas, mesas redondas, cursos etc..., todos los cuales se relacionan en el curriculum presentado y en particular sobre Derecho Civil Aragonés ha sido ponente sobre "La Sustitución legal" del Foro de Derecho Aragonés.

En materia de investigación jurídica colaboró en la obra "La Ley de Arrendamientos Urbanos" con el trabajo "La regulación de la renta y fianza en la Ley de Arrendamientos Urbanos" y en el libro "Propiedad Horizontal" con el trabajo "Comentarios a los artículos 7.2 , 8 y 23 de la ley de Propiedad Horizontal y es autor de once artículos publicados en diversas revistas en su mayoría sobre materia civil, que se especifican en el curriculum presentado y en particular sobre Derecho Civil Aragonés los siguientes: "La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón". Revista de Derecho civil aragonés, "La sustitución legal" en las Actas de los Novenos Encuentros del Foro de Derecho y "Tres cuestiones en torno a la vecindad civil: -la determinación del régimen económico del matrimonio. Los conflictos interregionales-La adquisición de la vecindad civil por residencia-La sucesión intestada del Estado y de las Comunidades Autónomas".

Realizó: el Prólogo a la Guía del archivo histórico de Procuradores de Zaragoza y ha colaborado en las encuestas Jurídicas de la Revista SEPIN Inmobiliario en los años 2009,2010 y 2011.

Ha participado como asistente a varios cursos de Formación Continuada para Jueces y Magistrados organizados por el Consejo General del Poder Judicial a nivel nacional y autonómico.

En definitiva, se trata de un candidato de acreditada profesionalidad, con adecuada antigüedad en la Carrera Judicial y de tiempo de experiencia en el ejercicio de funciones jurisdiccionales en materia civil, con destacada actividad complementaria a ésta y también con experiencia en las tareas gubernativas que implican haber sido miembro d la Sala de Gobierno.

(...)

D. Gustavo

Ingresó en la Carrera Judicial en 1983, acreditando 28 años, 3 meses y 4 días de antigüedad en la Carrera Judicial y 26 años, 10 meses y 5 días en la categoría de Magistrado. Figura en el escalafón con el nº 206, cerrado a 31.1.11. Ha estado destinado, como Juez, en los Juzgados Mixtos de DIRECCION005 y DIRECCION006, siendo promovido a la categoría de Magistrado en 1984, prestando servicios sucesivamente en el Juzgado de Instrucción nº NUM003 de DIRECCION003, nº NUM001 de DIRECCION004 y nº NUM003 de DIRECCION001. En diciembre de 1992 fue nombrado Magistrado de la Audiencia Provincial de DIRECCION001, sirviendo destino en su sección quinta, con competencia en materias civil, en la que permanece al día de la fecha.

Respecto de su actividad jurisdiccional, el mismo presenta una muy elaborada memoria de las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica dictadas durante su trayectoria profesional en la que se analizan debidamente las cuestiones jurídicas planteadas y que acreditan un minucioso estudio, así como una adecuada calidad técnico-jurídica.

La Comisión de Calificación ha tenido en cuenta en especial, por su particular complejidad, trascendencia, profundidad de estudio y/o la novedad o excepcionalidad del asunto planteado y resuelto, las sentencias recaídas en los asuntos siguientes:

Sentencia de fecha 27-1-1996, dictada en la Sección. 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que se decidía la reclamación formulada por los padres de una menor fallecida al ser aprisionada por la puerta metálica de un garaje, en la que se hacía un detenido examen de la problemática planteada en torno a la responsabilidad civil extracontractual; Sentencia de 15.3.98 de la Sección. 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que se planteaba la cuestión del significado que ha de ser dado a la pericial regulada en el art. 38 L 50/1980, dentro del procedimiento de liquidación de daños de los siniestros que han de ser indemnizados por las entidades aseguradoras; Sentencia de 18-4-2004 de la Sección. 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que se resolvía la reclamación formulada por infracción de su derecho al honor por quien fue imputado por la muerte de un interventor judicial contra un periódico de los de mayor difusión local, por las noticias dadas sobre las pesquisas realizadas en investigación del asesinato. En lo relativo al ámbito propio de Derecho civil de Aragón, pueden ser señaladas las siguientes sentencias: Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza núm. 133/2009, de marzo sobre vecindad: improcedencia en el matrimonio contraído antes de transcurrir el plazo de diez años de residencia en Aragón desde la mayoría de edad: exclusión del tiempo de la minoría de edad a efectos del cómputo del plazo para adquisición de la vecindad civil por residencia; Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza núm. 22/2008, de 21 de Enero de 2008 sobre desestimación: vecindad civil en materia de sucesiones; Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza núm. 431/2005, de 21 julio en materia de servidumbres en la que se analiza la usucapión forma permanente de utilización de forma pública, pacífica e interrumpida por tiempo: muy superior al exigido para la prescripción entre presentes; Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza de 15, de diciembre de 2004 sobre el consorcio conyugal en la que se analiza la partición judicial en el sentido de que el auto aprobatorio de un cuaderno particional tiene aparejada ejecución porque esta implica la de la sentencia dictada en el procedimiento promovido para la liquidación del haber consorcial. La aprobación del cuaderno particional impone la entrega de lo adjudicado, por lo que el acuerdo aprobatorio no puede ser tenido como meramente declarativa; Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza, de 10 de noviembre de 2004 sobre Consorcio Foral: Derecho transitorio e interregional aplicable; Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza, de 1 de julio de 2004 sobre Aducía sucesoria en la que se analiza los efectos de la renuncia a la herencia; Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza de 20 de junio sobre el régimen matrimonial paccionado; Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza, de 31 de marzo de 2001 sobre Servidumbres de paso del tendido eléctrico; y Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza, 26 de febrero sobre el Consorcio conyugal en materia de bienes privativos.

La actividad jurisdiccional del Sr. Gustavo se ha venido complementando con actividades extrajudiciales en materia docente y de participación como ponente en seminarios, Jornadas y cursos, que se especifican detalladamente en el curriculum presentado.

Por lo que se refiere a la actividad docente fue Profesor Asociado de la Escuela de Empresariales de Zaragoza en el curso 1989/1990, Profesor asociado en la Facultad de Estudios Sociales y del Trabajo en los cursos 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010 y Profesor invitado en el Seminario "La cooperación Judicial Civil; hacia el espacio judicial europeo y en el curso para obtener el título propio sobre valoración, médico legal del daño a la persona organizado por la Facultad de Medicina.

Por otra parte, ha dirigido dos cursos: "El derecho a una vivienda digna" y la 1 Jornadas Jurídicas de Albarracín y ha impartido un total de veintiséis ponencias, en materia civil: sobre "Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo"; "Uniones estables de pareja"; Régimen económico matrimonial y protección de los

acreedores'; y en jornadas de derecho de familia organizadas por el Colegio de abogados de Zaragoza, así como en varias actividades de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.

También ha intervenido en actividades docentes relacionadas con el Derecho de la Unión Europea e internacional en cursos y jornadas sobre materias jurídicas varias; que se especifican en el curriculum presentado y ha sido experto en el programa Euromed Justice I, promovido por la Comisión Europea diversas misiones en Atenas, Praga, Estambul y Amán, integrado en el equipo comandado por el Instituto Europeo de la Administración Pública.

Es autor de los siguientes libros "Aspectos médico legales de la historia clínica", "Garantías y responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación", 'Comentario a la LEC' y 'Tratado de Derecho de Familia'.

Igualmente es autor de nueve artículos publicados en diversas revistas sobre materia civil, que se especifican en el curriculum presentado.

Ha asistido a numerosos cursos, jornadas y seminarios que igualmente se relacionan en su curriculum.

Tiene reconocido por el Consejo General del Poder Judicial el mérito preferencia de conocimiento del Derecho Civil Aragonés, publicado en el BOE el 3.1.2009.

Otros méritos y actividades de este candidato son las relacionadas con su designación como:

- Secretario Judicial excedente.
- Miembro de la Red Judicial Española de Cooperación civil Internacional y Red Judicial Europea Civil y Mercantil.
- Miembro del Grupo de Analistas de sentencias civiles seleccionado por el CENDOJ.
- Miembro del Tribunal de oposiciones a Notarias en el año 2007
- Medalla de la Cruz de San Raimundo de Peñafort.
- Reconocimiento como jurista aragonés concedió por el colegio Notarial de Aragón.
- Colaborador de la editorial jurídica SEPIN en sus publicaciones sobre Arrendamientos Urbanos, Propiedad Horizontal, Enjuiciamiento civil y Responsabilidad y seguro.

En definitiva, se trata de un candidato de laboriosidad acreditada, con adecuada antigüedad en la Carrera Judicial y con gran experiencia en el ejercicio de funciones jurisdiccionales en órgano colegiado en materia civil, dieciocho años. Dicha actividad ésta complementada con una destacable labor en el ámbito docente y de investigación jurídica manifestada en los libros y artículos publicados y en las ponencias y conferencias impartidas a que se ha hecho referencia anteriormente ».

6º.- La deliberación y el desarrollo del Pleno celebrado el día 16 de diciembre de 2011, plasmados en el Acta de la correspondiente sesión, según certificó el Secretario General del Consejo, en cuanto al nombramiento para la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 fueron éstos:

«1- 10º.- Propuesta de la Comisión de Calificación para provisión de una plaza de Magistrado/a de la Sala CM y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 , correspondiente al turno de Carrera Judicial, vacante por jubilación forzosa por cumplimiento de la edad legalmente establecida de O. Leandro .

Toma la palabra en primer lugar D. Alonso , manifestando que se inclina por candidatos que hayan servido destino en órganos colegiados, aunque esto no sea un requisito particular. Los Srs. Andrés , Eusebio y Gustavo son quienes han ocupado estos destinos. Detalla seguidamente el curriculum de cada uno de ellos.

D. Julio defiende la candidatura de D. Teodulfo , destacando que ha ocupado destino durante seis años en la Audiencia Provincial de Lleida, y si ahora se encuentra en un Juzgado de NUM004 Instancia de DIRECCION001 esto se debe a que en esta ciudad no hay muchas posibilidades para acceder a la Audiencia Provincial. La Sala de lo Civil y Penal es Tribunal de Casación en Derecho Foral Aragonés, y este Magistrado tiene muchos méritos específicos en esta materia, con publicaciones y estudios que lo destacan sobre los demás.

D. Jose Manuel considera que ha de tenerse especialmente en cuenta el conocimiento de este Derecho Foral, y así debe valorarse en el presente nombramiento. Debe reconocerse como mérito y los candidatos Srs. Teodulfo , Eusebio y Gustavo son quienes lo acreditan.

Sin más intervenciones se somete la propuesta a votación, y por el procedimiento secreto, se obtuvo el resultado siguiente:

Miembros presentes.....21
Votos a favor de D. Teodulfo10
Votos a favor de D. Gustavo7
Votos a favor de D. Luis María2
Votos en blanco2

Al no alcanzarse la mayoría favorable de votos con arreglo al número de miembros presentes en el Pleno, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, se somete la propuesta a segunda votación, entre los candidatos que obtuvieron mayor número de votos, y en la que se alcanza por el mismo procedimiento, el siguiente resultado:

Miembros presentes21
Votos a favor de D. Teodulfo10
Votos a favor de D. Gustavo 9
Votos en blanco.....2

Al no alcanzarse la mayoría favorable de votos con arreglo al número de miembros presentes en el Pleno, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, se somete nuevamente la propuesta a tercera votación, en la que se alcanza el siguiente resultado:

Miembros presentes21
Votos a favor de D. Teodulfo 11
Votos a favor de D. Gustavo10

Por lo que el Pleno tiene por nombrado a D. Teodulfo Magistrado de la Sala C y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 , correspondiente al turno de Carrera Judicial ».

7º.- El Pleno del Consejo General del Poder Judicial adoptó el día 16 de diciembre de 2011 el siguiente acuerdo:

«Diez.- Examinada la propuesta de la Comisión de Calificación para cobertura de una plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 , el Pleno acuerda nombrar a tal efecto a D. Teodulfo , Magistrado del Juzgado de la Instancia Num. NUM000 de los de DIRECCION001 , en provisión de la vacante correspondiente al turno de Carrera Judicial, producida por jubilación forzosa por edad de D. Leandro .

El presente nombramiento se fundamenta en los méritos y capacidad del candidato nombrado. Su formación jurídica no sólo resulta acreditada por el ejercicio de la jurisdicción en los destinos que ha servido -tanto unipersonales como colegiados- a lo largo de su carrera. También -y esto resulta de particular relevancia- a través de la considerable actividad complementaria que se pone de relieve a través de las publicaciones, cursos, ponencias y actividad docente que ilustran su curriculum, con especial referencia a sus estudios en materias de Derecho Civil Aragonés, lo que responde en términos de destacada idoneidad a las exigencias contempladas en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , relativo a los especiales conocimientos de Derecho civil especial propio de la Comunidad Autónoma.

Este conjunto de méritos, sin dejar de reconocer la valía de los restantes integrantes de la terna, han sustentado la formación de la voluntad del Pleno, y sirven de fundamento para considerar al candidato nombrado como el más idóneo para merecer el nombramiento que se plasma en el presente acuerdo.

Lo que en ejecución de o resuelto le participo para su conocimiento, ejecución y efectos procedentes.»

QUINTO.- Dados los términos en que está planteado el debate, es necesario para su solución que nos pronunciemos sobre la que consideramos la clave radical del mismo, que no es otra que la de si los concursos para el nombramiento de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores deben ser nombramientos reglados o discrecionales

La Sala no ignora que en la jurisprudencia precedente (Sentencias de 17 de mayo de 1991 , 17 de marzo de 1992 - Recurso nº 180/1984-, de 3 de febrero de 1997 - Recurso nº 810/1995 -, 12 de diciembre de 1998 - Recurso nº 795/1996 -, 29 de enero de 2008 - Recurso nº 247/2004- , de 12 de junio de 2008 , dos -Recurso nºs. 184/2005 y 188/2005 - y 13 de octubre de 2011 - Recurso nº 288/2009 , esta última consecuenta a la anulación del nombramiento objeto de impugnación en los recursos decididos por las dos de inmediata precedente cita, en las que se acordó retrotraer actuaciones-) se ha venido proclamando el carácter discrecional de los nombramientos de esos Magistrados entre los que cumplan el requisito de antigüedad exigido y el especial conocimiento del derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de que se trate, y la inaplicabilidad del criterio electivo riguroso del art. 330.1 LOPJ del mejor puesto en el escalafón. Pero nada impide a la Sala un cambio jurisprudencial, que, para salvar cualquier hipotético reproche de desigualdad en la aplicación de la Ley, debe proclamarse como tal, justificando las razones del mismo.

Al efecto es preciso, primero, una nueva reflexión crítica sobre los preceptos tomados en consideración en la aludida jurisprudencia, a la que después debe seguir la toma en consideración de la normativa posterior a la vigente en el momento en que se produjeron los nombramientos enjuiciados en la jurisprudencia precitada, factor éste de novedad que por sí solo puede explicar la improcedencia de una continuación acrítica de la jurisprudencia anterior.

En lo que hace a la nueva reflexión crítica sobre el sentido de los preceptos, en concreto del art. 330.1 y 3 LOPJ en un primer momento (correspondiente a las sentencias dictadas antes del año 2003) y 330.1 y 4 de la LOPJ en un momento ulterior, hemos de destacar que la consideración de los nombramientos a que nos referimos como discrecionales ya suscitó últimamente reservas en la Sala, como lo evidencia el voto particular a la sentencia de 29 de enero de 2008 , precitada, que en la tesis de optar por un nuevo criterio jurisprudencial no puede desconocerse. Es un elemento más para la reflexión crítica de revisión de la jurisprudencia referida el siguiente. En el ámbito de los nombramientos discrecionales nuestra jurisprudencia de los últimos años ha venido a establecer criterios restrictivos no atendidos en otras etapas precedentes, por la vía de un control mucho más riguroso de la motivación, que ha dado lugar, como consecuencia, a la modificación reglamentaria constituida por el nuevo Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos jurisdiccionales, al que después nos referiremos; ésto es, se ha procedido a un recorte muy significativo del ámbito de la discrecionalidad, no cuestionado en la jurisprudencia del pasado, recorte que, en definitiva, no es sino una aplicación más rigurosa de la vigencia del principio constitucional (art. 9.3 in fine CE) de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Pues bien, cuando, como ahora ocurre, los preceptos legales concernidos en los nombramientos que ahora nos ocupan admiten una interpretación diferente de la que en el pasado se les dió, la misma evolución jurisprudencial seguida en materia de nombramientos discrecionales, en aras de mayor rigor en la funcionalidad del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, justifica, en un actitud de lógica coherencia de conjunto, que se opte por la explicación diferente del sentido de los preceptos, en línea de separación del criterio de la discrecionalidad, cuando dichos preceptos permiten su interpretación en el sentido de ordenadores de nombramientos reglados.

La interpretación del art. 330.1 LOPJ , en relación con el resto de apartados del mismo, debe tener en consideración otros preceptos de la propia LOPJ, en cuanto contexto del mismo (art. 3.1 CC), en concreto los arts. 326.2 , 329 y 333. Del contraste de esos preceptos, en especial de los arts. 326.2 , 330.1 y 333 LOPJ , se infiere con claridad que la Ley se refiere al concurso, como procedimiento de nombramiento de magistrados, cuando se trata de nombramientos reglados y no de nombramientos discrecionales. Lo evidencia sin equívocos la redacción del art. 326.2, («La provisión de destinos de la Carrera Judicial se hará por concurso, ..., salvo los de Presidentes de las Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional y Presidentes y Magistrados del Tribunal Supremo.»). A su vez el artículo 333 en cuanto a la provisión de las plazas de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional, y los de Presidente de Sala de los Tribunales Superiores de Justicia, no se refiere al procedimiento de concurso, lo que diferencia netamente su sistema de provisión genéricamente regulado en el art. 326.2, inciso primero, y equipara de hecho al de los cargos salvados en el inciso segundo de ese artículo.

En ese marco contextual el art. 330.1 LOPJ supone un contraste indiscutible respecto de los otros dos preceptos antes traídos a colación, en cuanto enunciado legal inequívoco del régimen de nombramientos reglados («1. Los concursos para la provisión de las plazas de Magistrados de las Salas o Secciones de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias se resolverán en favor de quienes, ostentando la categoría necesaria, tengan mejor puesto en el escalafón, sin perjuicio de las excepciones que establecen los apartados siguientes».).

Al propio tiempo la virtualidad normativa de ese apartado 1 del artículo respecto de los demás es la de regla general, llamada a operar en todo el ámbito de su supuesto, que incluye los de los demás apartados «sin perjuicio de las excepciones que establecen los apartados siguientes». Su sentido de regla general debe determinar que a la hora de interpretar las excepciones, haya de hacerse con cuidado al fijar el alcance de las mismas, no extendiéndolo a donde su sentido estricto no alcanza, con un criterio de interpretación restrictiva de la excepción, según establece la regla de interpretación del art. 4.2 CC , procurando así la máxima coordinación entre la regla y la excepción.

El inciso de "sin perjuicio de las excepciones que establecen los apartados siguientes" fue añadido al art. 330.1 LOPJ en su redacción inicial por la modificación producida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, precisión que es conveniente hacer, para relativizar la jurisprudencia anterior a la fecha de tal modificación, producida respecto a una norma no enteramente igual, respecto de la que la previsión del apartado predecesor del que nos ocupa, a la sazón el apartado 3, podría interpretarse en el sentido de contraste entre dos normas de igual valor, y no como relación entre regla general y excepción, que es la que entendemos que corresponde a la redacción del precepto actual desde la reforma de 2003.

Si se advierte que la regla general del apartado 1 del art. 330 establece una regla de preferencia entre magistrados que ostenten la categoría necesaria, es lógico entender que la excepción que se salva en esa regla debe referirse a los supuestos en que se establezca otra norma de preferencia distinta, que prevalecerá sobre la regla general; pero ese efecto normativo será el que la ley establezca, sin que la excepción incorpore un contenido de discrecionalidad si la norma no lo proclama de modo inequívoco. De lo contrario se daría a la excepción un sentido distinto, expansivo, ni exigido para la interpretación de la ley, ni coherente con el criterio hermenéutico de interpretación restrictiva de la excepción.

Establecer requisitos adicionales para la selección de magistrados que puedan concursar a la provisión de determinadas plazas, que es lo que se hace propiamente en el apartado 4 del art. 330 LOPJ , párrafo primero, inciso segundo («las restantes plazas serán cubiertas por Magistrados nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre los que llevan diez años en la categoría y en el orden jurisdiccional civil o penal y tengan especiales conocimientos en Derecho Civil, foral o especial, propio de las Comunidades Autónomas») no supone sino un estrechamiento del campo de selección de magistrados nombrables; pero no necesariamente (salvo una expresión legal inequívoca que en este caso no existe) la proclamación de un criterio de discrecionalidad en el nombramiento, ni una excepción dentro de ese círculo de nombrables de la regla general de preferencia del apartado 1, que deberá operar dentro de dicho círculo.

Eso es, por lo demás, lo que ocurre en otros supuestos paralelizables de otros apartados del precepto: art. 330.2, párrafo 2º, inciso segundo; art. 330.3, párrafo 2º, inciso segundo; art. 330.5.a), b) y c), punto tercero y d) punto segundo. No apreciamos que exista razón para que en supuestos legales sustancialmente iguales (conurrencia entre magistrados que reúnen requisitos legales exigibles para poder ser nombrados para determinadas plazas) pueda preterirse en un caso (el del art. 330.4) la aplicación de la regla general del art. 330.1 y no en los demás, proclamando para aquél un principio de discrecionalidad en el nombramiento.

La consideración del hecho de que la Sala de lo Civil y Penal conoce de recursos de casación autonómicos, a la que se alude en el actual recurso, como explicación del criterio de la discrecionalidad, no la consideramos convincente, habida cuenta que también las Salas de lo Contencioso-administrativo a las que se refiere el art. 330.2 LOPJ conocen de recursos de casación autonómicos (V.d. art. 74.5 y 6 LOPJ y art. 99 y 101 LJCA), y en el nombramiento de Magistrados para esas Salas no opera el criterio de discrecionalidad. Entendemos por lo expuesto, reinterpretando el art. 330.4 de la LOPJ , que no se establece en él un regla de discrecionalidad, sino que, cumplidos los requisitos establecidos para acceder a las plazas de Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal entre los seleccionados, deberá operar la regla del 330.1 de preferencia por la antigüedad en el escalafón, debiéndose por tanto entender modificada en el sentido indicado la jurisprudencia precedente.

SEXTO.- A lo expuesto, y completando lo anunciado en el fundamento anterior, ha de añadirse la consideración de la normativa posterior a la existente en el momento de las sentencias precitadas que partían de la discrecionalidad de los nombramientos para las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, si bien optando en la última etapa por el rigor de la motivación (Sentencias de 12 de junio de 2008 y 13 de octubre de 2011) en línea con la rigorización de la misma introducida en las sentencias que en ellas se citan referidas a los nombramientos discrecionales del Magistrados del Tribunal Supremo.

Tal normativa está constituida por el Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del

Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en cuyo marco entendemos que no cabe seguir hablando de nombramiento discrecional en el sentido en que lo hacía la jurisprudencia precitada.

No se trata, contra lo alegado en un momento de su contestación a la demanda por el Magistrado recurrido, de que un Reglamento modifique la jurisprudencia anterior, sino de que la jurisprudencia debe adaptarse a las innovaciones producidas en el ordenamiento jurídico, del que los reglamentos, y en este caso el del Consejo General del Poder Judicial citado, forman parte.

No cabe duda de la validez del Reglamento, dictado como indica en su Preámbulo, en ejercicio de la potestad reglamentaria establecida en el art. 107.9 y 110.2.d) de la LOPJ, y por tanto de que el marco jurídico a atender por la Sala ha experimentado una innovación, a la que debemos adaptar nuestra jurisprudencia. Dicho Reglamento, aún admitiendo a los meros efectos dialécticos la discrecionalidad de partida en sede de la Ley, que no es el caso, como ya se razonó, supondría la autolimitación de su propia potestad por su titular, ejercitando al efecto la potestad legal de dictar el Reglamento, lo que supondría la vinculación del titular por su autolimitación.

Es en este nuevo marco en el que se encuadra el caso actual, que, por el cambio producido en aquel, no puede identificarse con las de los casos resueltos en las sentencias precitadas, pudiéndose decir que la sentencia actual en cuanto a los nombramientos de Magistrados para las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, es la primera que dictamos en el marco modificado por la innovación de este Reglamento.

Hecha esta observación, entendemos que, cuando dicho Reglamento define en sus artículos 1º y 2º cuales son las plazas de nombramiento discrecional, sin incluir entre ellas las plazas de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, no se acomodaría al ordenamiento actualmente vigente la afirmación, que se hizo en el pasado en un marco normativo diferente, de que dichas plazas son de nombramiento discrecional, lo que refuerza la argumentación, expuesta en el fundamento anterior, de que son plazas a proveer en concurso de nombramiento reglado.

Refuerza esta afirmación correctora lo establecido en la Disposición Adicional Unica:

«Única: Provisión de plazas de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia correspondientes al turno de la Carrera Judicial.

La provisión de plazas de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, correspondientes al turno de la Carrera Judicial, se hará por concurso, adaptando la convocatoria en lo necesario al procedimiento de los concursos reglados, con las singularidades siguientes:

...»

Ninguna de ellas introduce ningún elemento de discrecionalidad, sino simplemente normas de carácter procedimental, no significativas al efecto.

Debemos partir, pues, por todo lo razonado de que en el actual recurso se impugna un nombramiento que debe regirse por un criterio de nombramiento reglado, no discrecional, afirmación radical que determina el éxito del recurso, aunque debemos completar la argumentación en los fundamentos siguientes.

SÉPTIMO.- En el recurso actual, a diferencia de los que fueron resueltos en nuestras sentencias de 12 de junio de 2008 y 13 de octubre de 2011 precitadas, lo que se cuestiona de partida (aunque además en un plano claramente subsidiario se cuestione la motivación) es la infracción de lo establecido en las bases del concurso, en concreto de las bases segunda a sexta, al entender que, al resolver el recurso en favor del Magistrado recurrido por su mayor mérito en el conocimiento del derecho especial de Aragón, se incumplen dichas bases, en cuanto se convierte lo que en las bases es un requisito común, cumplido por los dos concursantes en liza: el del especial conocimiento del Derecho especial o foral de Aragón, en un mérito, cuando como tal no figura entre los establecidos en la base sexta, en la que, si acaso, pudiera operar en los referidos en el punto final, que en la propia base se establece como complementario, y que como tal, no puede sobreponerse sobre los establecidos con carácter principal, erigiéndose en el mérito preferente y determinante de la selección del nombrado, en perjuicio del Magistrado que le aventaja en los méritos establecidos en la base sexta.

A tal planteamiento se opone por el Magistrado recurrido, partiendo de su concepción del carácter discrecional del nombramiento, la posibilidad de que el especial conocimiento del Derecho especial o foral de Aragón pueda operar como mérito, y que en dicho mérito él aventaje a su oponente. Tal planteamiento coincide en lo sustancial con el del Abogado del Estado.

Decidido, como antes razonamos, el carácter reglado y no discrecional del nombramiento, el planteamiento de los recurridos cae por su base, debiéndose aceptar el del recurrente, conducente al éxito de su recurso, que ya se anticipó.

No se ha cuestionado en realidad que los datos profesionales de los dos Magistrados litigantes sean los que se indican en la demanda, al margen de sus apreciaciones valorativas, datos de los que ha quedado constancia en el relato del Fundamento de Derecho Quinto de esta Sentencia.

Planteadas así las líneas del debate, debemos afirmar que asiste la razón al recurrente, cuando en relación con las referidas bases (que se han transcrito en el Fundamento de Derecho Quinto) niega que el especial conocimiento del Derecho especial o foral de Aragón pueda operar como mérito, cuando es un requisito, que, cumplido por ambos Magistrados, ha agotado su función, debiendo atenerse la solución a la apreciación de los méritos establecidos en la base Sexta, en todos lo cuales su ventaja sobre los del recurrido es incuestionable.

Ha de aceptarse así la alegada infracción por la resolución recurrida de las bases del concurso, estimando sobre el particular la impugnación del recurrente, infracción que da lugar al supuesto de anulabilidad del acto recurrido del art. 63.1 de la Ley 30/1992 , aplicable al caso actual.

Como quiera que la recurrente no ha impugnado las bases del concurso, ateniéndose estrictamente a ellas, estaría fuera de lugar que entrásemos a examinar y a decidir la adecuación de derecho de dichas bases. No está de más no obstante que dejemos aquí suscitada la duda de si en un concurso reglado, regido por el art. 330.1 de la LOPJ pueden tener cabida unas bases tales. En este caso tal cuestión no suscita la dificultad que en otro hipotético pudiera suscitarse, si en alguno de los méritos incluidos en la base el recurrido aventajase al recurrente, al no establecerse con rigor en la base un orden jerárquico inequívoco entre dichos méritos. El hecho de que en todos el recurrente aventaje al recurrido, elimina la dificultad que en otro caso pudiera haberse suscitado, que quizás hubiera llevado al Tribunal a un posible planteamiento de la tesis respecto a la corrección jurídica de dichas bases.

OCTAVO.- Al estimarse el planteamiento principal del demandante, no es estrictamente necesario abordar el que consideramos planteamiento subsidiario desde un prisma de discrecionalidad en el nombramiento, y de crítica de la motivación en razón del proclamado mayor conocimiento del Derecho especial o foral de Aragón, como razón determinante del nombramiento del recurrido, y de la pretensión del recurrente.

Pero no está sin embargo de más un pronunciamiento al respecto, en aras de una respuesta exhaustiva a los planteamientos de las partes.

También en ese planteamiento debemos afirmar que asiste la razón al demandante, pues la motivación expuesta en el acuerdo recurrido, vistas las exigencias al respecto que se contienen en nuestras sentencias de 12 de Junio de 2008 precitadas, en concreto en sus fundamentos quinto y siguientes, consideramos que es absolutamente insuficiente para justificar la preferencia del Magistrado nombrado (el recurrido) respecto del preterido (el recurrente). No se indican las circunstancias en las que se sustenta el juicio de valor expresado en el acta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial acerca de que el elegido acredite un mayor conocimiento del Derecho especial o foral de Aragón que el preterido por lo que las exigencias de carácter sustantivo y formal a que se refiere al Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia precitada no se cumplen en este caso.

No existe una identificación de las publicaciones sobre el Derecho de Aragón que avalen la apreciación del mayor conocimiento del elegido, y sobre todo echamos de menos una explicación justificativa de que el hecho de haber dictado un número significativo de sentencias sobre Derecho especial de Aragón, de las que la Comisión de Calificación destaca por su entidad nueve, no se valore como exponente del especial conocimiento de dicho Derecho y se primen frente a ese ejercicio jurisdiccional publicaciones doctrinales, que ni tan siquiera se concretan.

Ha de afirmarse, pues, como ya se ha anticipado, que, aún en el negado supuesto de que el nombramiento pudiera ser discrecional, no se cumpliría en el caso la exigencia de motivación según nuestro parámetro jurisprudencial.

NOVENO.- La anulación del Real Decreto recurrido nos sitúa ante la decisión del sentido de nuestro fallo, habida cuenta del suplico de demanda y en concreto de su pedimento segundo, reproducido en el Antecedente segundo de esta Sentencia.

Sobre el particular debemos observar que en realidad, al margen de su enunciación verbal, no apreciamos diferencia entre la que se formula como petición principal y la petición subsidiaria, pues "declarar procedente la designación" del recurrente y ordenar que el Consejo General del Poder Judicial realice el nombramiento para la provisión de la plaza "declarando la preferencia" del recurrente sobre el recurrido consideramos que es lo mismo. Por ello, al optar en nuestro fallo por esta segunda formulación del petitum, en vez de por la primera, no estamos en rigor desestimando una petición principal y estimando una subsidiaria.

Sí es necesario advertir que, a diferencia de los casos de nombramientos discrecionales, en los que la solución procedente, ex art. 70.2 LJCA , y seguida en las sentencia precitadas de 12 de junio de 2008 , es la retroacción de actuaciones para que el Consejo General del Poder Judicial decida lo que corresponda, respetando siempre lo resuelto en la Sentencia, en el caso de nombramientos reglados el reconocimiento del derecho al nombramiento es la solución que procede y la más adecuada a la efectividad (art. 24.1 CE) del derecho de tutela judicial.

DÉCIMO.- No procede hacer especial imposición de costas, conforme a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA .

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

1º) Que debemos estimar, y estimamos, el presente recurso contencioso-administrativo número **2/298/2012**, interpuesto por la Procuradora D^a Beatriz Sordo Gutiérrez, en representación de D. Gustavo contra el Real Decreto 2100/2011, de 30 de diciembre, por el que se nombró Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 a D. Teodulfo .

2º) Que debemos anular, y anulamos, el Real Decreto referido.

3º) Que debemos declarar, y declaramos la preferencia del lltmo. Sr. Don Gustavo frente al lltmo. Sr. Don Teodulfo en el concurso convocado por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 6 de septiembre de 2011, para el nombramiento para la provisión de la plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 .

4º) No procede hacer especial imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:26/04/2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. Nicolás Maurandi Guillén y D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva A LA SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2013, DICTADA EN EL RECURSO **298/2012**

1. Compartimos el fallo y las razones últimas que llevan a la estimación del recurso: el incumplimiento de las bases de la convocatoria por haber convertido lo que en ella es un requisito para participar en el procedimiento en un mérito a ponderar y la falta de motivación de la preferencia por quien fue nombrado.

Discrepamos, en cambio, sobre el juicio que la sentencia hace tanto respecto de la naturaleza del sistema de provisión previsto en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para las plazas de magistrado de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia distintos de los que han de ser propuestos por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, como a propósito de la evolución de la jurisprudencia dictada en torno a ese precepto.

La sentencia afirma que lleva a cabo un giro radical pues pasa a calificar de nombramiento reglado al que, dice, hasta este momento venía siendo considerado discrecional y, en ese contexto, relativiza la significación del Reglamento 1/2010. No nos parece, sin embargo, que el artículo 330.4 , ni antes ni ahora, contemple un nombramiento en el que no quepan elementos para cuya apreciación el Consejo General del

Poder Judicial no disponga de un margen, ni creemos que deba hablarse de un giro jurisprudencial radical en el sentido pretendido.

2.- Ese precepto no somete tales nombramientos al criterio de la pura antigüedad de su apartado 1. Por el contrario, sigue manteniendo el régimen inicialmente previsto que los somete a la apreciación de los méritos a partir de unos elementos reglados de antigüedad y conocimiento del Derecho propio de la Comunidad Autónoma.

Las razones que llevan a esta conclusión son las siguientes.

El texto original de la Ley Orgánica del Poder Judicial no quiso establecer ese criterio de pura antigüedad en estos casos, no sólo porque les dedicó un apartado propio (inicialmente el 3), que no hace ninguna mención a ella, sino también porque estableció ese régimen diferenciado a pesar de que la exposición de motivos (apartado VII) erigía a la antigüedad en el criterio básico para la provisión de destinos.

La Ley Orgánica 10/2003 añadió al apartado 1 del artículo 330 esta salvedad: "sin perjuicio de las excepciones que establecen los párrafos siguientes". Lo hizo al mismo tiempo que, para la provisión de las plazas de magistrados generalistas de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de magistrado en las Audiencias Provinciales, abandonó el criterio de la antigüedad y sentó una preferencia que descansa en el tiempo servicios en el correspondiente orden jurisdiccional (apartados 2, 3 y 5). Significativamente, el legislador de 2003 no dijo que quisiera modificar el sistema de nombramiento dispuesto desde el principio para los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia distintos de los propuestos por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Por tanto, las excepciones a la antigüedad a las que se refiere ese nuevo texto del apartado 1 del artículo 330.1 se refieren solamente a las novedades dispuestas en 2003 para los nombramientos de los magistrados generalistas de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y para los de magistrados en las Audiencias Provinciales; pero no rigen para los del apartado 4 pues, respecto de estas plazas, no hay ninguna previsión legal que modifique el sistema establecido en 1985.

3.- Por lo que hace a la jurisprudencia de esta Sala sobre nombramientos de cargos judiciales no absolutamente reglados, es cierto que las primeras sentencias que se citan en el fundamento quinto, y otras, consideraron discrecional este mecanismo e, incluso, las hay que vieron en los nombramientos de esta naturaleza rasgos de confianza a la hora de designar a quien debía ocupar la plaza. Sin embargo, a partir de la sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 29 de mayo de 2006 y de las que posteriormente desarrollaron y profundizaron sus planteamientos, ni los nombramientos a plazas de magistrado del Tribunal Supremo ni a las de los demás tribunales pueden obedecer a criterios de confianza, sino de mérito y capacidad, apreciables principalmente a partir del desempeño profesional, suficientemente explicados, ni la jurisprudencia dictada sobre el artículo 330.4 ha permanecido anclada en las anteriores posiciones.

Por el contrario, las dos sentencias de 12 de junio de 2008 (recursos 184 y 188/2005) y la de 13 de octubre de 2011 (recurso 288/2009) reflejan, ya en el ámbito contemplado por el artículo 330.4, la orientación jurisprudencial seguida a partir de mayo de 2006. Dicen, en efecto, que regula un tipo de nombramiento que no es absolutamente reglado. Y esta es la calificación que se ajusta más al precepto pues ni le somete a la regla de la antigüedad ni impide, sino todo lo contrario, que para su provisión las bases establezcan elementos de ponderación que permitan un margen de apreciación al Consejo General del Poder Judicial entre quienes cumplan los requisitos que exige.

Por otro lado, que el Reglamento 1/2010 no incluya estos nombramientos del artículo 330.4 entre los que expresamente llama discrecionales no es ajeno a la evolución jurisprudencial de la que se viene hablando. Al contrario, tal como se dice en su preámbulo, responde a ella. Ahora bien, sigue reconociendo --en su disposición adicional única les da un tratamiento específico-- la singularidad que les da el propio precepto legal. Y, aunque no se trata de interpretar la Ley Orgánica desde las prescripciones reglamentarias, sí debe decirse que éstas son conscientes de que en aquél se manejan factores que permiten un juicio encaminado a establecer la superior idoneidad profesional de quien deba ser nombrado [artículo 16. 5 d)]. Precisamente, los que el legislador relaciona con el especial conocimiento del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, elemento que el legislador no reduce a mero requisito aunque, en este caso, las bases de la convocatoria lo hayan limitado a tal significación.

4. Así, pues, creemos que el giro jurisprudencial ya se ha producido con anterioridad y ha sido reflejado en las normas reglamentarias específicas y no nos parece que el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del



Poder Judicial contemple un nombramiento absolutamente objetivado, a decidir por antigüedad entre quienes cumplan los requisitos legales e incompatible con la introducción de elementos de ponderación que ofrezcan al Consejo General del Poder Judicial un margen de apreciación.

Todas estas razones nos llevan a expresar este voto concurrente con el parecer de la mayoría.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ