

CARGOS JUDICIALES. NOMBRAMIENTOS DISCRECIONALES (Comentario a la STS de 26 de abril de 2013)¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

El Tribunal Supremo avanza cada día más en poner coto a los nombramientos discrecionales efectuados por el Consejo General del Poder Judicial de determinados cargos judiciales, otorgando mayor preponderancia a criterios tales como la antigüedad y los méritos acreditados. La sentencia considera que el nombramiento de los magistrados de las salas civil y penal de los tribunales superiores de justicia es reglado, no discrecional, tras reconocer que ello puede implicar un cambio jurisprudencial, modificación que en todo caso respondería a las reformas del artículo 330 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, una vez cumplidos los requisitos relativos al tiempo de servicio y al conocimiento del derecho foral, el nombramiento se debería producir por estricto orden de escalafón o antigüedad (voto particular).

Palabras claves: poder judicial, nombramiento de cargos, actuación reglada y anulación de nombramiento.

Fecha de entrada: 11-07-2013 / *Fecha de aceptación:* 11-07-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núms. 151-152, agosto-septiembre 2013.

JUDICIAL CHARGES. DISCRETIONARY APPOINTMENTS (Comment to the Judgment of the Supreme Court of 26 April 2013)

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

ABSTRACT

The Supreme Court advances every day mas in putting a stop to the discretionary appointments effected by the CGPJ of certain judicial charges, granting major prevalence to such criteria as the antiquity and accredited merits. The judgment thinks that the appointment of the justices of the Civil and Penal Room of the TSJ is ruled, not discretionary., after admitting that it can imply a jurisprudential change, modification that in any case would answer to the reforms of the article 330 of the Organic Law of the Judicial Power. For it, once fulfilled the requirements relative to the time of service and to the knowledge of the Statutory Law, the appointment should take place for strict order of army register or antiquity (dissenting opinion).

Keywords: judicial power, appointment of charges, ruled action and cancellation of appointment.

Quizás sea debido a un cierto grado de corporativismo profesional, pero todos los avances que últimamente se están dando en materia de revisión jurisdiccional de nombramientos discrecionales efectuados por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) merecen ser objeto de nuestros comentarios, ya que parece que la idea de ir poniendo coto a la política errática de nombramientos de jueces para los puestos más altos a desempeñar por los miembros de la carrera judicial se va cada vez más asentando en nuestro Tribunal Supremo. Son avances que con ser significativos no podrán impedir que finalmente sean nombrados para determinados cargos aquellos que respondan a determinadas características políticas, asociativas o de otra índole, ya que el problema viene de origen, y es como se nombran y eligen a aquellos que a su vez eligen a los jueces, es decir, como se eligen a los vocales del CGPJ. Es un tema que creemos que no tiene solución pues hemos asistido recientemente a una nueva reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) sobre la materia, que no hace sino agudizar el creciente e imparable intervencionismo político sobre la justicia.

En este caso conviene resaltar, ya desde el inicio, que el cambio jurisprudencial sobre unos determinados nombramientos como los que vamos a ver responde más a un cambio normativo que a la propia evolución jurisprudencial, aunque hemos de reconocer que en los últimos tiempos el Tribunal Supremo se viene inclinando cada vez más a reducir los márgenes de discrecionalidad en los nombramientos.

Pues bien, en este caso se trataba de resolver el concurso convocado por la Comisión Permanente del CGPJ para la provisión de plaza de magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, salas de carácter muy sui géneris ya que en territorios como el aragonés, en el que coexiste un derecho foral especial con el derecho común, tiene una gran importancia, pues al fin y a la postre dicta la doctrina jurisprudencial sobre estas normas forales. En este sentido, citar que dicha normativa foral se regula en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas. También tienen su importancia desde la perspectiva penal, pues vienen a conocer de las causas penales contra los aforados de la región (en su mayoría cargos políticos), con lo que ello conlleva de fuerte carga política.

Traemos ya a colación el precepto clave sobre el que va a girar el comentario y que no es otro que el artículo 330.4 de la LOPJ, que nos dice que: «En las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia, una de cada tres plazas se cubrirá por un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en la comunidad autónoma, nombrado a propuesta del CGPJ sobre una terna presentada por la asamblea legislativa; las restantes plazas serán cubiertas por magistrados nombrados a propuesta del CGPJ entre los que lleven 10 años en la categoría y en el orden jurisdiccional civil o penal y tengan especiales conocimientos en derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad autónoma».

Precisamente, el concurso tenía por objeto cubrir una de las que el precepto ha venido a denominar «restantes plazas», cuyas exigencias se concretan en dos: una, llevar más de 10 años en la categoría de magistrado en el orden jurisdiccional, bien penal, bien civil, y dos, tener especiales conocimientos en derecho civil, foral o especial propio, en este caso, de la comunidad autónoma de Aragón. Pues bien, se presentaron varios candidatos y fue elegido uno; nombramiento que es impugnado por otro de los candidatos, al considerar de manera nuclear que el nombramiento de aquel se había sustentado de manera discrecional al resaltarse su especial conocimiento del derecho foral, sosteniendo, de manera contraria a lo acordado por el CGPJ, que la convocatoria se debería haber resuelto de manera reglada, es decir, por concurso, sin introducir méritos a valorar con carácter discrecional, como lo constituye el haber otorgado preferencia al candidato que supuestamente revelaba mayores conocimientos de derecho foral.

Es decir, lo que viene a argumentar el recurrente es que una vez cumplidos los dos requisitos contemplados en el artículo 330.4 de la LOPJ relativos al tiempo de servicio y al conocimiento del derecho foral, el nombramiento de estos cargos se debería producir por estricto orden de escalafón o antigüedad, lo que no se ha cumplido en el presente caso al habersele dado preferencia a un candidato que presentaba un peor número escalafonal que el recurrente.

Se opone a dicha pretensión anulatoria el abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta del CGPJ y el propio candidato elegido y nombrado (parte codemandada), que sostienen que en este tipo de nombramientos no rige el concurso reglado, sino que existe un margen de discrecionalidad que no obliga al CGPJ a nombrar al más antiguo una vez que se cumplen los requisitos reglados.

En este sentido, tras exponer la prolija argumentación de las partes, que como hemos visto oscilan entre la discrecionalidad y un concurso reglado puro y estricto, la Sala del Alto Tribunal inicia sus razonamientos preguntándose si los concursos para el nombramiento de magistrados de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia deben ser reglados o discrecionales. En un primer momento se nos hace indicar que la doctrina jurisprudencial más reciente sobre este tipo de nombramientos se inclinaba por considerarlos de carácter discrecional, de manera que, cumplidos los dos requisitos de antigüedad y conocimiento del derecho foral, no debía nombrarse al más antiguo o al que, en otras palabras, presentaba mejor puesto en el escalafón, sino a aquel que, valorados en su conjunto los méritos, resultaba el más apropiado para el cargo.

Apuntar que la elección aquí controvertida se fundamentó por parte del Pleno del CGPJ en lo que vino a denominar méritos y capacidad del nombrado, pues su formación jurídica no solo resulta acreditada por el ejercicio de la jurisdicción en los destinos que ha servido a lo largo de su carrera, sino también 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 currículum, 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 LOPJ, relativo a los especiales conocimientos de derecho civil especial propio de la comunidad autónoma.

Ahora bien, también desde el inicio se nos anuncia que se va a proceder a cambiar la jurisprudencia sobre la materia, eso sí, de manera razonada, a fin de evitar que se pueda tachar a la Sala de que ha incurrido en desigualdad al aplicar la ley, con relación a los nombramientos precedentes en los que atribuía mayor valor a la discrecionalidad que al número de escalafón.

Junto a ello, se efectúa una somera referencia al Reglamento 1/2010 del CGPJ, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, en el que se ha procedido a reducir de una manera drástica el ámbito de la discrecionalidad, preceptos del reglamento que avalarían el cambio de posición por parte del Tribunal Supremo. De esta manera se viene a consagrar como criterio preferente en los nombramientos jurisdiccionales el contemplado en el artículo 326.2 de la LOPJ, cuando nos dice que la provisión de destinos de la carrera judicial se hará por concurso, estableciendo un listado de excepciones, donde sí entra en juego la discrecionalidad, siendo estos los de presidentes de las audiencias, tribunales superiores de justicia y Audiencia Nacional y presidentes de sala y magistrados del Tribunal Supremo, llamando la atención que entre este listado no se encuentre el de los magistrados de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia.

En este sentido, y a la vista del citado Reglamento 1/2010 del CGPJ, sobre cuya interpretación se apunta por el propio Tribunal Supremo que esta es la primera sentencia que dicta, niega que uno de los requisitos del artículo 330.4 de la LOPJ, el previo conocimiento de derecho foral propio, se pueda considerar un mérito añadido, y cuestiona con claridad las bases de la convocatoria en el sentido de que no debieran establecer otros criterios de ponderación que no fuera la antigüedad en el escalafón, aunque no tiene necesidad de entrar a analizar tales bases ni de plantear la tesis sobre esta cuestión, al considerar que el recurrente supera al adjudicatario en todos y cada uno de los criterios de ponderación.

Llama la atención que el Reglamento del CGPJ al que estamos haciendo referencia prevea en su disposición adicional única una serie de previsiones con relación a la provisión de plazas de magistrado de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia correspondientes al turno, como ocurre en este caso, de la carrera judicial. Y es que ya en esta disposición se nos viene a decir que la provisión se hará por concurso, adaptando la convocatoria en lo necesario al procedimiento de los concursos reglados, con una singularidad muy sobresaliente, y es que a la solicitud se acompañará la documentación que acredite el conocimiento del derecho civil foral o especial propio de la comunidad autónoma. Es decir, lo trascendente es que la forma de provisión es por concurso, de manera que el escalafón se convierte en la piedra angular del nombramiento.

De esta manera, interpretando conjuntamente esta disposición adicional del Reglamento del CGPJ, junto con el aducido ya artículo 326.2 de la LOPJ, se llega a concluir, por parte de la Sala del Alto Tribunal, que se ha producido una autolimitación de las potestades discrecionales en materia de nombramiento en la carrera judicial muy significativa, siendo esta la primera de las sentencias en que se plasma la voluntad del reglamento en este sentido, de manera que se llega a entender que, cuando dicho reglamento define en sus artículos 1 y 2 cuáles 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, el de que dichas plazas son de nombramiento discrecional, lo que refuerza la argumentación de que son plazas a proveer en concurso de nombramiento reglado.

Una vez considera que el nombramiento no se adecuó a los mandatos ni de la LOPJ ni del Reglamento 1/2010 del CGPJ, se analiza el alcance de su anulabilidad, desde la perspectiva de considerar que no nos encontramos ante un nombramiento discrecional cuya anulación hubiera exigido retrotraer el procedimiento para que se motivara en debida forma, pues, como declara el artículo 71.2 de la LRJCA, «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

En consecuencia, al no ser discrecional y sí reglado, se declara expresamente por la Sala la preferencia del recurrente a ser nombrado, pues ocupa un mejor número escalafonal, lo que indefectiblemente implica que el Pleno del CGPJ se debe limitar en ejecución de la sentencia a proceder a ese nombramiento con efectos, debe entenderse, a fecha de resolución, e incluso con opción de verse resarcido, si procediera, de los derechos económicos dimanantes de un nombramiento que se tuvo que producir hace más de un año y medio. Así, deberemos esperar a la ejecución de sentencia por parte del CGPJ, incidente en el que el margen de maniobra del mismo, a la vista del contenido de la sentencia, es mínimo, por no decir inexistente.

No podemos cantar victoria, pues para los cargos judiciales más relevantes, como magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de los tribunales superiores de justicia, todavía se respeta por parte de la legislación un amplio margen de discrecionalidad, que necesariamente ha de ser revisada por el Tribunal Supremo, órgano en el que ponemos todas nuestras esperanzas en cuanto ver reducidos dichos márgenes de discrecionalidad en aras de que en los nombrados recaigan los principios constitucionales de mérito y capacidad. Ahora bien, no seríamos rigurosos si no hiciéramos una mención, aunque sea breve, a dos votos particulares concurrentes que acompañan el sentir de la mayoría plasmada en la sentencia, que, aunque consideran que el nombramiento recurrido ha de ser anulado, también exponen su disconformidad en cuanto a que el criterio de proveer estas plazas en las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia sea reglado puro, por número escalafonal, exponiendo que los nombramientos requieren de un cierto grado aunque mínimo de discrecionalidad que propicie la ponderación de las circunstancias que concurren en cada uno de los candidatos.