



Roj: **STS 977/2019 - ECLI:ES:TS:2019:977**

Id Cendoj: **28079130062019100014**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/04/2019**

Nº de Recurso: **480/2017**

Nº de Resolución: **449/2019**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 977/2019,**  
**ATS 8039/2019**

REC.ORDINARIO(c/a)/480/2017

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Sexta**

**Sentencia núm. 449/2019**

Fecha de sentencia: 03/04/2019

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 480/2017 Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial Fecha de Votación y Fallo: 28/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca --

Transcrito por: MAS Nota:

Resumen

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 480/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca --

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Sexta**

**Sentencia núm. 449/2019**

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Eduardo Espín Templado

En Madrid, a 3 de abril de 2019.



Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo num. 480/17 y acumulado 484/2017, interpuesto por la procuradora de los tribunales Sra. Castro Rodríguez en nombre y representación de doña Zulima y de don Matías, asistidos por los letrados Sra. Noguero Carmena y Sr. Rosón Olmedo y por la procuradora de los Tribunales Sra. Gail López en nombre y representación de D. Obdulio asistido de la Letrada Sra. Pérez Casado, contra los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial de 6 de abril de 2017 y de 17 de mayo de 2017. Ha sido parte demandada el Consejo General del Poder Judicial representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado. Siendo partes codemandadas el Procurador de los tribunales Sr. Rodríguez Nogueira en nombre y presentación de don Pedro y la procuradora de los tribunales Sra. Aragón Segura en nombre y representación de D. Ramón, asistido de la letrada Sra. Sura Alberdi.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso administrativo se interpone contra los Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 6 de abril de 2017 por el que se convoca concurso para la provisión de determinados cargos judiciales entre miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado y contra el acuerdo de 17 de mayo de 2017 por el que se resuelve el concurso.

**SEGUNDO.-** Por auto de 8 de noviembre de 2017, la Sala acuerda la acumulación de los autos al seguido en esta misma Sala con el num. 484/2017.

**TERCERO.-** Admitido a tramite 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 a la parte recurrente para que dedujera la demanda.

**CUARTO.-** Evacuado el traslado la procuradora de los tribunales Sra. Castro Rodríguez en nombre y representación de doña Zulima presentó escrito en el que expuso los hechos y fundamentos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala, dicte sentencia por la que: (i) Se declare la nulidad de pleno derecho del párrafo 2º del apartado 7 de la base Cuarta del Acuerdo de 6.4.2017 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca concurso para la provisión de determinados cargos judiciales entre miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado (BOE nº 86 de 11 de abril de 2017) en lo relativo a la cobertura de dos plazas de nueva creación en la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y de todos los actos derivados del mismo: los correspondientes a la cobertura de las plazas en la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. (ii) Subsidiariamente al anterior pronunciamiento y para el caso de desestimación total o parcial del mismo, se declare la nulidad del Real Decreto 527/2017 de 22 de mayo (BOE nº 123 de 24 de mayo de 2017) en el extremo relativo al acuerdo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 17 de mayo de 2017 sobre el destino de los magistrados Don Ramón y Don Pedro a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, retro trayendo las actuaciones administrativas al momento inmediatamente anterior a la adopción del citado acuerdo de resolución del concurso para volver a decidir sobre dichos destinos valorando como mérito preferente (condición de asimilado a especialista), de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, art. 330.7 y demás relacionados LOPJ y 37.2 Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, la superación de las pruebas de especialización en el orden jurisdiccional penal convocadas por el Pleno del CGPJ por acuerdo de 30 de junio de 2011, posteriormente anuladas por falta de habilitación legal. Solicitando mediante otro sí el recibimiento a prueba.

Con fecha 21 de febrero se presenta escrito por la procuradora Sra. Castro Rodríguez en la que solicita se tenga por desistido a don Matías, acordándose por diligencia de 28 de febrero de 2018 el desistimiento del mismo.

Igualmente evacuó el traslado conferido la representación procesal del recurrente Sr. Obdulio, el cual presentó escrito de formalización de demanda en el que tras alegar cuanto estimo pertinente terminó suplicando a la Sala, dicte sentencia por la que: 1.- Anule y deje sin efecto el Acuerdo recurrido, en el concreto extremo objeto de impugnación - relativo a la adjudicación de las dos plazas de Magistrado de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional-, con retroacción del procedimiento de concurso al momento inmediatamente anterior al dictado del mismo para que, por la Comisión Permanente del CGPJ, se proceda a realizar una nueva adjudicación de las plazas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 330.7, párrafos primero y segundo, de la LOPJ. 2.- Subsidiariamente, se anule el artículo 37.2 del RCJ y, en consecuencia, el Acuerdo recurrido, en el concreto extremo objeto de impugnación, con retroacción del procedimiento de concurso al momento inmediatamente anterior al dictado del mismo para que, por la Comisión Permanente del CGPJ, se proceda a realizar una nueva adjudicación de las plazas controvertidas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 330.7, párrafos primero y segundo, de la LOPJ. 3.- Todo ello, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.



**QUINTO.-** Conferido traslado de las demandas a las partes recurridas presentaron los escritos de contestación en el que tras alegar cuanto estimaron pertinente, el Sr. Abogado del Estado terminó suplicando a la Sala dicte sentencia desestimando estos recursos con los demás pronunciamientos legales, la representación procesal del codemandado Sr. Pedro terminó suplicando a la Sala desestime íntegramente los recursos interpuesto por los recurrentes, imponiéndoles las costas procesales, y, por último, la representación procesal del codemandado Sr. Ramón terminó suplicando a la Sala dicte sentencia por la que desestimando los recursos interpuestos, declare conforme a derecho el acto impugnado, con imposición de las costas a los recurrentes.

**SEXTO.-** Por auto de 11 de junio de 2018 se acuerda el recibimiento a prueba llevándose a cabo según consta en autos.

**SÉPTIMO.-** Se concedió a las partes plazo por el orden establecido en la ley jurisdiccional, para formular conclusiones. Tramite que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

**OCTAVO.-** Por providencia se señaló para votación y fallo para el día **VEINTIUNO DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE**, posponiendo el mismo por necesidades del servicio para el día **VEINTIOCHO DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE** en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Siendo objeto del presente recurso acumulado los recursos 480 y 484 de 2017 interpuestos respectivamente por D<sup>a</sup> Zulima el primero y D. Obdulio el segundo, figurando como demandado el Consejo General del Poder Judicial representado por el Sr. Abogado del Estado y como codemandados D. Ramón y D. Pedro, examinaremos conjuntamente ambos recursos en los que a los argumentos comunes se refiere.

**SEGUNDO.-** En primer lugar hemos de dar respuesta a la causa de inadmisión que ambos codemandados alegan, falta de legitimación de los recurrentes, por cuanto, en esencia, entienden que ningún beneficio derivaría para los mismos de un posible fallo estimatorio, puesto que en ningún caso podría recaer sobre ellos el nombramiento para alguna de las plazas de Magistrado de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, habida cuenta la antigüedad de los concursantes.

La alegación formulada no puede prosperar puesto que, ni corresponde a esta Sala anticipar cual debe ser el resultado del concurso convocado, caso de dictarse una sentencia estimatoria, ni, por otra parte, el interés puede quedar limitado para su apreciación al hipotético resultado del concurso que anticipan los codemandados. Lo cierto es que de dictarse una sentencia estimatoria desaparecería la distinción que en el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 17 de mayo de 2017, recogido en el RD 527/2017, se hace, siquiera sea de forma implícita, entre quienes han superado pruebas de promoción a Magistrados de lo civil y penal y quienes han superado la prueba de especialización, pese a que si bien las sentencias de esta Sala, de fecha 19 de julio de 2013, negaron la existencia de la condición de especialistas en los ordenes civil y penal, reconocen que "la extralimitación reglamentaria en la regulación de estas pruebas no obsta para que la superación de las mismas por los magistrados codemandados pueda ser apreciada como mérito para su promoción en la Carrera Judicial, que tenga en cuenta la objetividad y rigor de las referidas pruebas". Por otra parte si se aceptara la tesis de que el mérito a que se refiere el artículo 37.2 del RCJ es inaplicable al no existir magistrados especialistas en el orden penal, tesis que en algún momento sostienen los recurrentes en sus escritos de demanda, la equiparación se produciría entre todos los magistrados solicitantes, por tanto también de los recurrentes con aquellos a los que se adjudicaron las plazas objeto de este recurso, y de ello indudablemente derivaría un beneficio para los mismos en futuros concursos.

Consecuencia de lo anterior es la desestimación de la alegación de falta de legitimación que nos ocupa.

**TERCERO.-** Debemos ocuparnos a continuación de la alegación formulada por el codemandado D. Pedro en lo que se refiere a la impugnación por D<sup>a</sup> Zulima del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 6 de abril de 2017.

El codemandado considera que el recurso en este extremo es inadmisibles, porque, dice:

"A juicio de esta parte, el recurso interpuesto por la recurrente es inadmisibles, y tanto en lo que se refiere a la impugnación de la convocatoria (Acuerdo de 6 de abril de 2017) como en lo que se refiere a su resolución (Real Decreto 527/2017, de 22 de mayo).

En lo que se refiere a la convocatoria, porque el recurso incurre en una evidente desviación procesal que pone en cuestión el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa, habida cuenta la disparidad de pretensiones planteada en la vía administrativa y en la contenciosa.



Así, y tal y como revela el examen del expediente, la recurrente no acudió directamente a la vía contencioso-administrativa, sino que libérrimamente decidió plantear un recurso de reposición ante la Comisión Permanente en el que centró en vía administrativa una concreta pretensión: que se "suspendiera y dejara sin efecto" la convocatoria del concurso a los efectos de que previamente a la convocatoria se llevase a cabo el desarrollo reglamentario que le permitiría ostentar la condición de especialista. En la demanda, lo que plantea la actora es la nulidad de la convocatoria, algo que no guarda relación con lo solicitado en la vía administrativa,

Como tiene dicho ese Alto Tribunal, la desviación procesal alude a un supuesto de inadmisibilidad no expresado literalmente en el art. 69 IJ pero que se infiere de la estructura del proceso contencioso, que se produce cuando la petición de la parte demandante en vía administrativa no coincida con la postulada ante el órgano jurisdiccional (por todas, sentencia de 19 de julio de 2012, recurso de casación no 2324/2010) y que salvaguarda el principio revisor sobre el que se asienta la jurisdicción contencioso-administrativa, impidiendo que pretensiones no planteadas ante la Administración puedan ser examinadas ex novo ante la jurisdicción.

A juicio de esta parte, la disparidad de pretensiones es evidente y ha de motivar que el recurso sea inadmitido respeto del concreto acto administrativo indicado, frente a lo que no cabría aceptar que se afirme que la concreción de la pretensión formulada en vía administrativa era contingente ya que el recurso de reposición es potestativo, ya que nada obligaba a la parte a formular ese recurso y, si lo hizo, debía ser aceptando sus consecuencias y las limitaciones que se producen en caso de plantearlo."

La cuestión a resolver implica determinar el alcance de la expresión contenida en el suplico del escrito de impugnación en vía administrativa del acuerdo de 6 de abril de 2017, en el que literalmente se dice: "solicitando que se suspenda y se deje sin efecto la convocatoria de las plazas con preferencia para especialistas, a fin de que, previa a la misma, se nos reconozca la condición de especialistas a los que....."

Es cierto que de una primera aproximación superficial al suplico del recurso de reposición interpuesto en vía administrativa puede parecer que lo que se pretende es que se paralice temporalmente la resolución del concurso a que se refiere el acuerdo impugnado en lo que atañe a las plazas convocadas y para las que se considera mérito preferente ostentar la condición de especialista, pero lo cierto es que la pretensión formulada no se agota en la expresión "suspenda" sino que va más allá, se solicita que "se deje sin efecto" la convocatoria. Analizado en su conjunto la fórmula utilizada y no limitándonos a la palabra "suspenda", parece claro que lo que se pide es que se anule, se deje sin efecto, la citada convocatoria y esta no tenga lugar hasta tanto no se produzca el hecho que a continuación se menciona. La propia resolución del recurso de reposición hace referencia expresa a esta pretensión de que "se deje sin efecto la convocatoria", pretensión que desestima. Así las cosas la Sala entiende que no se produce y menos con la evidencia que el codemandado pretende en su escrito de contestación a la demanda, la desviación procesal que se afirma y que le lleva a no efectuar análisis alguno de los términos literales de la pretensión formulada, que aunque podrían parecer en principio contradictorios, de los mismos cabe deducir razonablemente que existe una pretensión de anulación, por lo que la petición de que se declare la inadmisibilidad del recurso debe ser rechazada.

**CUARTO.-** Rechazadas las causas de inadmisibilidad procede analizar el fondo de la cuestión planteada. Los argumentos para sostener la nulidad que se pretende en el recurso de la Sra. Zulima en relación con el acuerdo de 6 de abril de 2017 son los siguientes:

1º.- La base impugnada no contiene el detalle exigido por el artículo 23.2 de la CE al establecer una condición de preferencia imposible de cumplir, cuya significación requeriría en todo caso, y requirió de hecho, una posterior concreción, por lo que es nula la cláusula que considera mérito preferente ostentar la condición de especialista para la provisión de plaza de Magistrado de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (base cuarta.7)

La recurrente tras hacer referencia a las vicisitudes de la LOPJ en orden a, dice, una decidida apuesta por la profesionalidad así como la extensión a nuevos supuestos de los principios de mérito, formación y especialización, transcribe el artículo 330.7 de la LOPJ que dice:

""Los concursos para la provisión de plazas de las salas de la Audiencia Nacional se resolverán a favor de quienes ostenten la correspondiente especialización en el orden respectivo; en su defecto por quienes hayan prestado servicios en el orden jurisdiccional correspondiente durante ocho años dentro de los doce años inmediatamente anteriores a la fecha de la convocatoria; y en defecto de todos estos criterios, por quien ostente mejor puesto en el escalafón.

La provisión de plazas de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se resolverá a favor de quienes, con más de quince años de antigüedad en la carrera, hayan prestado servicios al menos durante diez años en el orden jurisdiccional penal, prefiriéndose entre ellos a quienes ostenten la condición de especialista." "

Señala a continuación que:



"(ii) Mediante Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial (BOE 110/2011, de 9 de mayo de 2011). En su artículo 24.4 se establecía que los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado podrían concurrir a la celebración de las pruebas que específicamente convocara el CGPJ para el reconocimiento de la condición de especialista en los órdenes civil o penal y que las mismas se desarrollarían de conformidad con lo previsto el Capítulo III de dicho reglamento.

Dicho precepto fue impugnado por las asociaciones judiciales Foro Judicial Independiente y Francisco de Vitoria dando lugar a los recursos números 356/2011 y 349/2011 vistos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

(iii) Por acuerdo del Pleno del CGPJ de fecha 30.6.2011 (BOE 1.9.2011) se convocaron pruebas para el reconocimiento de la condición de especialista en el orden jurisdiccional penal.

Mediante Acuerdo de fecha 19.12.2012 (BOE 8.1.2013) la Comisión Permanente del CGPJ publicó el Acuerdo del Tribunal Calificador de fecha 17.12.2012 por el que se aprueba la relación definitiva de aspirantes que superaron el proceso selectivo, entre los que figuran mis representados (Folio 36 de Expediente administrativo).

(iv) Mediante Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, ambas de 19 de julio de 2013 (EDJ 2013/174897 y EDJ 2013/170108) se estimaron parcialmente los recursos formulados, anulando el art. 24.4 del Reglamento 2/2011 por considerar que la LOPJ no contempla la especialización de los magistrados en el orden civil y penal: se trata de una creación ex novo del Reglamento, que efectúa una regulación innovadora en materia del estatuto de jueces y magistrados que no puede considerarse accesoria, excediendo por tanto de los límites de su potestad reglamentaria establecidos en el artículo 110 LOPJ. Como consecuencia de la nulidad del art. 24.4 del Reglamento de la Carrera Judicial, mediante sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2014 (recurso 772/2011) se anula la convocatoria de las pruebas para el reconocimiento de la condición de especialista en el orden jurisdiccional penal.

Sin embargo la sentencia matiza que la extralimitación reglamentaria en la regulación de estas pruebas no obsta para que la superación de las mismas por los magistrados codemandados pueda ser apreciada como un mérito cualificado para su promoción en la Carrera Judicial, que tenga en cuenta la objetividad y rigor de las referidas pruebas.

Y deja vigente el art. 37 salvo el inciso del apartado 1 que se refiere a los magistrados especialistas (tachado lo anulado):

"1. Aprobada la propuesta por el Consejo General del Poder Judicial, se acordará su inserción en el "Boletín Oficial del Estado", procediéndose al nombramiento de los seleccionados como magistrados especialistas del orden jurisdiccional que corresponda, siendo destinados a las vacantes existentes, otorgándose preferencia a la mejor puntuación obtenida. Los casos de empate serán resueltos a favor de quien ostente mejor puesto en el escalafón en la categoría de juez.

2. Para la cobertura de aquellas plazas a las que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a la especialización el carácter de mérito preferente, los jueces y magistrados que hayan superado las pruebas de promoción o especialización previstas para los órdenes civil y penal tendrán la consideración de especialistas en los respectivos órdenes".

De hecho, el CGPJ ha considerado la superación de las pruebas anuladas como mérito cualificado en los concursos para la promoción a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, tanto de su Sala 1ª como de la 2ª, y así lo recoge el Gabinete técnico en el informe que consta como documento VI del expediente (Folio 85, párrafo 5º)

(v) La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial introduce, según se explica en su exposición de motivos, un conjunto de medidas para lograr una mayor especialización en las respuestas judiciales y su Disposición Adicional Tercera establece:

El Consejo General del Poder Judicial podrá convocar, además de las expresamente previstas en esta Ley, otras pruebas de especialización entre miembros de Carrera judicial en las que se valoren conocimientos específicos dentro de las distintas ramas del Derecho. Su superación será considerada como mérito en los concursos que no se resuelvan exclusivamente por criterios de antigüedad. Reglamentariamente se determinará el número, contenido y desarrollo de estas pruebas que podrá comprender el reconocimiento y valoración de las realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Si de esta especialización se derivara algún incremento de gasto, será preciso informe favorable de la Administración competente para soportar dicho gasto."

Concluye en este punto la recurrente que no existen actualmente especialistas en el orden penal y de conformidad con la doctrina constitucional que señala que, "la fijación ex ante de los criterios de selección,



tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función, es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo (vid., entre otras, STC 10/ 1989, fundamento jurídico 3)". ( Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 2-3-1998, nº 48/1998). Por lo que la fijación en las bases de un mérito legalmente inexistente y determinante de una preferencia absoluta para la adjudicación de las plazas es un óbice insalvable de cara a la satisfacción del derecho fundamental, y dicha circunstancia propició que el CGPJ fijara, a posteriori, el significado que habría de darse a la especialidad como criterio preferente" y la jurisprudencia de esta Sala , recogida en la Sentencia de la Sec. 7ª de la Sala 3ª del TS de 15- 12-2011, Fto. Jurídico Octavo que dice:

"Podría aceptarse, no obstante, que ante un obstáculo que, ateniéndose estrictamente a la literalidad de la base que nos ocupa, no tendría posible salida, el Tribunal Calificador, como contenido implícito de su papel institucional en el concurso-oposición, pudiera asumir la función de definir los criterios que en definitiva vaya a aplicar. Pero aun aceptando a efectos dialécticos esa posibilidad, y que los criterios así definidos pudieran reconducirse al ámbito de la discrecionalidad técnica, lo que no ofrece duda, es que el hecho de tal definición en primer lugar debiera tener lugar en todo caso ex ante de las pruebas, y no ex post ( Sentencia de esta Sala y Sección de 15 de diciembre de 2005, recurso de casación num. 970/2000 -F.D. Tercero) en segundo lugar, que a esa definición ex ante debiera darse la adecuada publicidad. La exigencia indiscutible de sumisión del Tribunal a las bases en la calificación de los ejercicios y la garantía que ello representa para el opositor desde las claves de los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad ( art. 9.3 CE), no puede afirmarse que se cumplan, si los ejercicios preceden a la determinación por el Tribunal de los criterios de evaluación que han de aplicarse a ellos", termina solicitando que: "se declare la nulidad de pleno derecho de la convocatoria en todo lo referido a la provisión de las dos plazas de nueva creación en la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y en concreto de su base Cuarta apartado 7 párrafo 2º por cuanto al prever una condición determinante de la resolución del concurso sin antes haberse establecido la regulación de tal condición".

El recurso en este extremo no puede prosperar. Como acertadamente se refleja en la contestación tanto del Sr. Abogado del Estado como de los codemandados, la cuestión es decidir el alcance de la palabra "especialista" que utiliza el artículo 330.7 de la LOPJ. La respuesta debe partir del hecho de que no es jurídicamente admisible una interpretación que nos lleve a la conclusión de que el legislador dictó la norma a sabiendas de que no podía ser aplicada ni tampoco olvidar que la voluntad del legislador fue primar los principios de mérito, capacidad y especialización en determinados puestos de especial responsabilidad en el seno de la Carrera Judicial.

No esta de más recordar aquí, como lo hace D. Pedro en su contestación a la demanda, que ya la sentencia de la Sala de este Tribunal de fecha 21 de noviembre de 1994 establece lo siguiente:

"las normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el cuerpo legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas e inoperantes, o como dijo, la sentencia, también de dicha Sala, de 30 de enero de 1995, la interpretación debe ser sistemática, en armonía con el sistema jurídico total" ( Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1998 (recurso de casación en interés de la Ley no 6217/1996).

"Las normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el cuerpo legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas e inoperantes". Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1994 (recurso de casación no 3585/1991).

Y llegados a este punto, es decir, llegados al punto de la necesidad de proporcionar a la norma un sentido lógico que la haga operativa, en definitiva, aplicable, se hace forzoso concluir que el único sentido posible atribuible a una norma aprobada en el año 2003 cuando alude a especialistas en la jurisdicción penal es que se está refiriendo a quienes superaron las pruebas de selección. "

El hecho de que las sentencias de esta Sala de 19 de julio de 2013, números 356 y 349/2001, alcancen la conclusión que la LOPJ no establecía, al momento de ser dictadas, pruebas de especialización en las órdenes judiciales civil y penal, ya que la Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 7/2015 es posterior a las mismas y no ha sido desarrollada reglamentariamente a la fecha de las resoluciones recurridas, no puede llevar a la conclusión que pretende la recurrente en el sentido de que estamos ante la fijación de un mérito inexistente determinante de una preferencia absoluta.

La norma debe ser interpretada tanto a la luz de las sentencias de esta Sala antes citadas, como del tenor del artículo 37.2 del Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011 que aquellas dejaron vigente.

Las sentencias del Pleno de esta Sala citadas establecen con claridad que si bien la LOPJ, vigente en dicha fecha, "no establece pruebas de especialización en el orden civil y penal para los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado, sino que se trata de una creación ex novo del Reglamento, que



efectúa una regulación innovadora en materia del estatuto de jueces y magistrados, que no puede considerarse accesoria, excediendo por tanto de los límites que delimitan su potestad reglamentaria en el artículo 110 LOPJ.

La conclusión alcanzada sobre la extralimitación reglamentaria en la regulación de estas pruebas no obsta para que la superación de las mismas por los magistrados codemandados pueda ser apreciada como un mérito cualificado para su promoción en la Carrera Judicial, que tenga en cuenta la objetividad y rigor de las referidas pruebas."

Lo anterior sustancialmente concuerda con lo dispuesto en el artículo 37.2 del Reglamento de la Carrera judicial que el Pleno de esta Sala dejó vigente y que establece que: "para la cobertura de aquellas plazas a las que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a la especialización el carácter de mérito preferente, los jueces y magistrados que hayan superado las pruebas de promoción o especialización previstas para las ordenes civil y penal tendrán la consideración de especialistas en las respectivas órdenes."

Decimos que sustancialmente concuerdan el tenor de las sentencias del Pleno de esta Sala citadas y el precepto reglamentario transcrito porque las primeras hacen referencia a "promoción en la Carrera Judicial" y el segundo habla de "cobertura de plazas".

Esta cuestión no obstante no resulta relevante en el punto que ahora nos ocupa, aunque sí pudiera serlo a la hora de resolver otros aspectos de los recursos que son objeto de esta sentencia y a ello nos referiremos más adelante.

En lo que ahora interesa, para la correcta interpretación de la voluntad del autor de la norma, ha de partirse del hecho de que aquél indudablemente, en el momento de dictarla, tenía clara voluntad de que la misma fuese aplicada y resultase eficaz a la hora de ponderar los principios de mérito, capacidad y especialización, algo distinto a ostentar el título de especialista, así como del hecho de que esa voluntad ha sido interpretada por vía reglamentaria mediante una norma de tal carácter de la que el Pleno de esta Sala ha confirmado su legalidad al señalar, como ha quedado reflejado, que nada obsta para que la superación de las pruebas de especialización, a que las sentencias de 1997 se refiere, pueda ser apreciada como mérito calificado.

No estamos pues ante un mérito inexistente ni de imposible cumplimiento, por tanto el recurso 480/2017 interpuesto por D<sup>a</sup> Zulima debe ser desestimado en relación con la pretensión de declaración de nulidad del acuerdo de 6 de abril de 2017.

**QUINTO.-** Llegados a este punto debemos ahora examinar la pretensión de los recurrentes, tanto en el recurso 480 como en el 484/2017 en relación con el RD 527/2017.

En ellos ambos recurrentes sostienen la nulidad del Real Decreto 527/2017 en lo que al nombramiento de D. Pedro y D. Ramón se refiere como Magistrados de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se refiere.

En el recurso 480/2017, la recurrente Doña Zulima en esencia sostiene que:

"el CGPJ ha tratado de forma desigual y por ello discriminatoria, a los magistrados aspirantes que acreditaban la superación de las pruebas de 2011 posteriormente anuladas pero válidas como mérito cualificado, contraviniendo los principios constitucionales de igualdad, de mérito y capacidad ( artículo 14 y 23 de la Constitución Española de 1978) al diferenciar a quienes han superado siendo magistrados las pruebas de especialización en el orden penal, acreditando unos conocimientos en esta materia de nivel muy superior, excluyéndolos, de quienes superaron siendo jueces pruebas selectivas de promoción a la categoría de magistrados más generalistas y menos rigurosas en lo que se refiere a materia penal, a los que les basta esta circunstancia para ser elegidos, produciendo tal proceder un resultado absurdo.

La incorrecta interpretación de la normativa aplicable implica la asignación de una ventaja o trato de favor injustificado, vulnerando no solo los criterios de especialidad a que hemos hecho referencia, sino también el derecho constitucional a promocionar en la carrera judicial en condiciones de igualdad y los principios de mérito y capacidad, todo ello mediante de una actuación arbitraria, pues no responde a la finalidad de lo dispuesto en la base cuarta de la convocatoria ni en el art. 330.7 LOPJ.

El derecho fundamental del artículo 23.2 integra los principios de mérito y capacidad de acuerdo con el art. 103.3 CE. Comprende, no sólo el acceso a la función pública, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa ( SSTC 192/1991 EDJ 1991/9698, 200/1991 EDJ 1991/10232 y 212/1993 EDJ 1993/6339, EDJ 2004/23376 STC Sala 2<sup>a</sup> de 19 abril 2004, EDJ 2008/131261 STC Sala 1<sup>a</sup> de 21 julio 200, STC 80/1994, de 14 de marzo, FJ 3 EDJ 1994/2296.

El Tribunal Supremo Sala 3<sup>a</sup>, sec. 7<sup>a</sup>, Sentencia de 8-3-2013, rec. 4353/2011 (EDJ 2013/32808) ha resaltado que el derecho reconocido por el art. 23.2 CE tiene un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo y, de manera especialmente relevante, en que las condiciones y



requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. No solo se vulnera el derecho reconocido por el art. 23.2 CE cuando se produce un trato discriminatorio, la infracción de los principios de mérito y capacidad habilitan "per se" para considerar vulnerado ese derecho fundamental.

En el mismo sentido, la sentencia de Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 1ª, S 29-5- 2006, rec. 309/2004, reiterada por la más reciente de la misma Sala de fecha 10 de mayo de 2016 (recurso número 189/2015) nos dice que son "límites a los poderes del Consejo, susceptibles de ser controladas jurisdiccionalmente, la recta observancia de los trámites procedimentales que preceden a la decisión, el respeto a los elementos objetivos y reglados, la eventual existencia de una desviación de poder ( artículo 70-2 de la Ley de la Jurisdicción ), la interdicción de los actos arbitrarios ( artículo 9 de la Constitución EDL 1978/3879 ) y los que incidan en una argumentación ajena a los criterios de mérito y capacidad, entendido el primero en el sentido de valores ya acontecidos y acreditados en el curriculum del candidato y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido."

También el Tribunal Constitucional (Sentencias de 29 mayo 2000 (EDJ 2000/13815) y STC 73/1998, de 31 de marzo, citada en aquélla) sintetizan su jurisprudencia anterior al respecto: " el derecho fundamental a concurrir al proceso selectivo de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso -por todas, STC 73/1998, FJ 3 a)"

En el mismo sentido la sentencia del TC Sala 2ª de 2 marzo de 1998 [nº 48/1998, BOE 77/1998, de 31 de marzo de 1998, rec. 2712/1995] establece que " Se infringe el principio de igualdad, en síntesis, si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad o, dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional. Además, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue - aquí, en función del mérito y capacidad- sino que es indispensable también que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin -vid., entre otras, SSTC 76/1990, fundamento jurídico 9 A ; 61/1997, fundamento jurídico 17 h)-. A ello se suma, por lo que aquí interesa, que tanto el legislador, a la hora de determinar el mérito y capacidad, como las convocatorias de concursos y oposiciones, deben hacerse en términos generales y abstractos (v. gr., SSTC 50/1986, fundamento jurídico 4 ; 27/1991, fundamento jurídico 4)."

En el caso analizado la Comisión Permanente del CGPJ, ha vulnerado el art. 23.2 CE al excluir de la consideración de especialista al grupo de magistrados/as que acreditaron haber superado las pruebas de especialización correspondientes a la convocatoria aprobada por acuerdo del Pleno del CGPJ de fecha 3.6.2011 posteriormente anuladas y que acreditaba igual o mayor mérito y capacidad que la superación de las pruebas realizada por los candidatos que sí fueron considerados especialistas por asimilación al haber superado en 1990 pruebas de promoción a magistrado.

Esa decisión responde a criterios ajenos a los de mérito y capacidad, con base en una interpretación de la normativa que prescinde de su finalidad ( art. 3.1.CC), y basada en el informe del Gabinete técnico cuyo objeto, por indicación expresa, solo se refería a uno de los tipos de pruebas (de promoción) acreditadas por un grupo de candidatos frente a otras pruebas (de especialización) acreditadas por el grupo excluido. El Consejo obvia así los criterios de mérito y capacidad, con una argumentación ajena a dichos principios, parcial y puramente formal, excluyendo de la condición de especialista a candidatos que, por el tipo de pruebas selectivas superadas, han acreditado mérito y capacidad superior a los candidatos considerados especialistas por asimilación."

Por su parte, D. Obdulio , en su demanda, en el recurso 484/2017, defiende su tesis en base a dos argumentos, el primero "la inviabilidad jurídica de la aplicación al caso del artículo 37.2 de RCJ". Esta cuestión ha sido analizada en el fundamento anterior y a lo allí dicho nos remitimos para su desestimación.

Utiliza el recurrente un segundo argumento consistente en la invalidez del artículo 37.2 del RCJ citado y a lo que también nos hemos referido con anterioridad destacando ahora que basta la lectura de las sentencias del Pleno de esta Sala, que reiteradamente hemos venido citando, para entender que el Pleno consideró conforme a derecho el apartado 2 del citado precepto reglamentario, artículo 37.2 RCJ, y por tanto a lo allí dicho y a lo reseñado en el fundamento anterior hemos de remitirnos sin necesidad de mayores razonamientos.

**SEXTO.-** Debemos resolver ahora las cuestiones que plantea el recurso de Doña Zulima en la que la invocación de los principios de igualdad, mérito y capacidad se refiere.

Decíamos antes que el tenor del artículo 37.2 del RCJ, 2/2001, concuerda sustancialmente con lo que se recoge en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia recaída en el recurso 356/2001. Sin perjuicio de que esta Sala está obligada a respetar las normas reglamentarias en tanto no sean anuladas y por tanto vinculada por





Lo dispuesto en el artículo 37.2 del RCJ, conviene también destacar que si bien es cierto que las sentencias del Pleno de esta Sala de 19 de julio de 2013 reiteradamente citadas hablan de "promoción en la carrera judicial", tal expresión no puede quedar reducida a la promoción a la categoría del Magistrado del Tribunal Supremo, como en ocasiones ha hecho el CGPJ, sino que, promoción debe entenderse en un sentido más amplio extendiéndolo a obtención de destinos en Tribunales de superior categoría, desde el punto de vista procesal, como ocurre en el caso de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional que esta llamada a conocer de los recursos que se interpongan contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la citada Audiencia Nacional. Esta interpretación es conforme con la dicción literal del artículo 37.2 del Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011, lo que confirma la corrección del mismo.

El artículo 37.2 del RCJ no es, correctamente interpretado, en modo alguno contrario al artículo 23 de la Constitución ni al principio de igualdad.

El precepto sitúa en pie de igualdad a quienes han superado las pruebas de promoción a Magistrado con aquellos que han superado la prueba de especialización, afirmando así los principios de mérito, capacidad y especialización. Otra cosa es la aplicación que de dicho precepto pueda hacerse en el caso concreto. Si se aplica a un supuesto sí y a otro no el mérito preferente a que se refiere el artículo 37.2 RCJ, como en este caso se ha hecho por el del CGPJ en su acuerdo de fecha 17 de mayo de 2017 y se recoge en el RD 527/17, se estará incurriendo en infracción del ordenamiento jurídico y ello porque las sentencias del Pleno de esta Sala tan reiteradamente citadas se limitan a anular en parte del artículo 37.1 del RCJ en cuanto reconoce que no existe "la figura de magistrados especialistas del orden jurisdiccional civil y penal", pero lo que no hace es privar de efectos a la superación de dichas pruebas en orden a su consideración como mérito preferente, razón por la que la interpretación que ha efectuado el Consejo General del Poder Judicial al excluir a los recurrentes que habían superado la citada de especialización, resulta contraria a derecho.

Lo hasta aquí dicho conduce a estimar parcialmente el recurso interpuesto por Doña Zulima anulando el Real Decreto 527/2017 en lo que se refiere al nombramiento de D. Ramón y D. Pedro como Magistrados de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional lo que necesariamente conlleva la del recurso de D. Obdulio por cuanto la interpretación y alcance de los preceptos legales y reglamentarios entra en el ámbito del principio iura novit curia, pese a que sus argumentos no se compartan en esta sentencia.

**SÉPTIMO.-** No procede hacer expresa condena en costas atendidas las dudas de derecho que planteaba la cuestión objeto del recurso.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: estimar en parte el recurso contencioso administrativos interpuesto por doña Zulima y D. Obdulio declarando contrario a derecho el RD 527/2017, de 22 de mayo, en el extremo relativo al acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 17 de mayo de 2017 nombrando a los Magistrados Ilmos Sres. D. Ramón y D. Pedro para ocupar las plazas de Magistrado de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, convocadas por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 6 de abril de 2017, retrotrayendo las actuaciones administrativas al momento inmediatamente anterior al acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial del 17 de mayo de 2017 que resuelve el concurso convocado por Acuerdo de la Comisión Permanente de 6 de abril de 2017, en lo que a las plazas antes citadas se refiere, a fin de que se adopte nuevo acuerdo nombrando para ocupar las plazas de Magistrado de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional convocadas a los Magistrados con mayor antigüedad de entre aquellos solicitantes en quienes concurre alguno de los requisitos a que se refiere el artículo 37.2 del Reglamento de la Carrera Judicial, haber superado las pruebas de especialización, convocadas por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 30 de julio de 2011, o las pruebas de promoción de Juez a Magistrado para las ordenes civil y penal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Luis María Díez Picazo Giménez D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Eduardo Espín Templado

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don José Manuel Sieira Míguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.