



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2801

Madrid, miércoles 3 de marzo de 2010



TS CIVIL

2010/2938

TS Sala 1ª, Sentencia 19 enero 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Derecho al honor en entrevista televisiva

Necesidad de acreditar la incapacidad del entrevistado

Declara el TS haber lugar al recurso de casación presentado por los recurrentes. Los hechos se produjeron en una entrevista emitida por el programa "Crónicas Marcianas", en la que los demandantes alegaban la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor o imagen del actor, careciendo la entrevista divulgada del consentimiento de los padres de éste, quien sufre una minusvalía psico-física del 66 %. El Tribunal falla a favor del recurrente en amparo -Gestevisión Telecinco S.A.- por entender que el actor fue voluntariamente entrevistado y filmado, y la deducción de falta de consentimiento no puede aceptarse pues se presume una capacidad normal, mientras no se acredite la incapacidad. Añade además, que el programa en cuestión se da en un contexto jocoso desprovisto de agresividad difamatoria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La base jurídica de la demanda, interpuesta por la representación procesal de D. Joaquín H.A. es si la entrevista emitida el día 16 de octubre de 2002 por el Programa "Crónicas" Marcianas" de la entidad Gestevisión Telecinco S.A, vulnera el derecho al honor e imagen del actor, puesto que la posible vulneración al derecho a la intimidad fue rechazada en la instancia aquietándose las partes a este respecto.

El escrito de demanda incide en que tanto por el contenido como por la intención de la entrevista se vulneran los derechos fundamentales del actor al denotar gravemente su falta de capacidad y conocimiento perjudicando su imagen pública, careciendo la entrevista divulgada del consentimiento de los padres del actor, quien sufre una minusvalía psico-física.

En primera instancia se estima la acción entablada parcialmente decla-

rando que la entrevista emitida por el programa Crónicas Marcianas en fecha 16 de octubre de 2002 supone una vulneración del derecho a la propia imagen y honor de D. Joaquín H.A., al sufrir el mismo una minusvalía del 66% que limitan y condicionan su voluntad; resolución confirmada parcialmente por la sección cuarta de Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Interponen recurso de Casación las partes demandadas, habiendo resultado admisible únicamente el motivo primero de ambos recursos, que en esencia rebaten el mismo fundamento jurídico de la resolución dictada por la Audiencia Provincial manteniendo al efecto que en ningún caso puede hablarse de la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor o imagen del actor puesto que el mismo prestó su consentimiento y debe estar a lo dispuesto en el Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/82.

SEGUNDO.- En su dimensión constitucional, el derecho a la propia

imagen y el derecho al honor (art. 18.1 de la Constitución Española) se configuran como derechos de la personalidad, que atribuyen a su titular el primero de ellos la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, impidiendo la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado, como el segundo de ellos-derecho al honor- evitar cualquier ataque por acción o por expresión, verbal o material, que constituya según ley una intromisión ilegítima y dirigido a preservar tanto su sentido objetivo, de valoración social -trascendencia- (entendido como fama o reputación social), como su sentido subjetivo, de dimensión individual -inmanencia-, (equivalente a íntima convicción, autoestima, consideración que uno tiene de sí mismo).

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto -artículo segundo- precisando seguidamente en su artículo tercero, que los menores de edad e incapaces su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

En lo que ahora interesa, estos derechos de la personalidad, gozan de las notas de irrenunciabilidad e inalienabilidad, sólo puede limitarse por el propio titular -consintiendo los hechos o la divulgación de su propia imagen- o por la ley, con la concurrencia de los factores que ella misma delimita.

TERCERO.- Sentadas las premisas que preceden y abordando el único motivo admitido con idéntico contenido en los dos recursos, nos encontramos en el caso de autos, con una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constancia que el actor fue volunta-

SUMARIO	
TS	
CIVIL	
Derecho al honor en entrevista televisiva	
Necesidad de acreditar la incapacidad del entrevistado	1
ADMINISTRATIVO	
Por falta de motivación	
Anulación por segunda vez de la promoción a la categoría de magistrado del TS	2
RS	
RESEÑA DE SENTENCIAS	16
INTERNET	
http://www.elderecho.com	
e-mail: clientes@elderecho.com	

riamente entrevistado y filmado, no resultando en consecuencia vulnerado su honor e imagen al existir consentimiento.

La voluntad se debe presumir a tenor del artículo 2.2 de la citada Ley 1/82 declarando la jurisprudencia de esta Sala al respecto, que no es necesario que el consentimiento se otorgue por escrito, pudiendo deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas, y declara la Sentencia de 24 de diciembre de 2003 que "ha de con-

currir para poder tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente expreso, lo que implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino por haber mediado información previa suficiente”.

En el caso de autos, recoge expresamente la sentencia de primera instancia que sufría una minusvalía y se deduce -no lo declara como hecho probado- que no hubo consentimiento, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y los datos fácticos del procedimiento no permiten negar las condiciones precisas, para apreciar que existió consentimiento para emitir por televisión la entrevista objeto de debate.

Todo ello unido al contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria conlleva estimar el motivo del recurso de Casación formulado, pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprochable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles González de Carvajal en nombre y representación de la entidad “Gestvisión Telecinco S.A.” y por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de D. Francisco Javier y D. Javier contra la sentencia dictada en fecha 1 de febrero de 2006 en grado de apelación, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que casamos y anulamos.

SEGUNDO.- En su lugar desestimamos la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dª Amparo Duque Martín de la Oliva en nombre y representación de D.

Joaquín H.M., Dª María del Carmen y D. Joaquín H.A. contra los anteriores recurrentes.

TERCERO.- Condenamos a la parte actora al pago de las costas causadas en primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las producidas en la sustanciación del recurso de apelación y las causadas en el presente recurso.

CUARTO.- Líbrense a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O’Callaghan Muñoz.-José Ramón Ferrándiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Rubricados.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

así como por los deducidos del debate plenario, en el que se valoró especialmente “su dedicación al orden social, la calidad técnica de sus resoluciones, su trayectoria docente en materias de Derecho del Trabajo y su especialización en cuestiones de Seguridad Social”, según certificó el Secretario General del Consejo General del Poder Judicial.

Era la segunda vez que se nombraba a la Sra. Virolés Piñol para ese cargo pues el acuerdo de 30 de enero de 2008 se adoptó después de que la sentencia del Pleno de esta Sala de 27 de noviembre de 2007 estimase el recurso 407/2006 interpuesto por D. Eduardo Serrano Alonso y anulase los Reales Decretos 1263 y 1264, ambos de 2006 y de 27 de octubre, por los que se promovió a la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo al Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana y a la Excmo. Sra. Dª Rosa María Virolés Piñol y repusiera las actuaciones “al momento inmediatamente anterior al del informe de la Comisión de Calificación, para que, primero, sea emitido uno nuevo que cumpla con todas las exigencias que respecto del mismo han sido señaladas en los anteriores fundamentos de derecho de esta sentencia y, posteriormente, se resuelva por el órgano competente sobre los nombramientos litigiosos mediante resolución motivada”.

La anulación se debió a la falta de motivación de esos nombramientos que apreció la Sala e hizo innecesario que entrara en los reproches que el recurrente hacía al de la Sra. Virolés Piñol por el indebido influjo que, a su entender, había tenido en él lo que la demanda denominaba “condición femenina”. La sentencia, partiendo de la anterior de 29 de mayo de 2006, dictada por el Pleno en el recurso 309/2004, señalaba los requisitos sustanciales y formales que debía observar el Consejo General del Poder Judicial para cumplir con la obligación de motivar sus actos que le impone el artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tales requisitos los condensa la sentencia de 27 de noviembre de 2007 en su fundamento noveno de este modo: “La consecuencia lógica de todo lo afirmado anteriormente es que será en el Informe de la Comisión de Calificación donde deberán estar presentes esas exigencias sustantivas y formales que han sido señaladas como inexcusables.

Dicho Informe deberá contener una descripción de las fuentes de in-

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/275457

TS Sala 3ª, Sentencia 23 noviembre 2009. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Por falta de motivación

Anulación por segunda vez de la promoción a la categoría de magistrado del TS

El TS estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el RD 212/2008 por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, sala de los social, por el turno de especialistas y lo anula, ordenando reponer el procedimiento en el momento anterior a la emisión por la comisión de calificación del CGPJ del informe previsto en el art. 74 Reglamento de Organización y Funcionamiento, a fin de que emita otro nuevo suficientemente motivado y, después, resuelva el pleno del Consejo General del Poder Judicial mediante resolución motivada. Se formulan votos particulares por D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, D. Rafael Fernández Montalvo, D. José Manuel Sieira Miguez, D. Eduardo Espín Templado, D. Rafael Fernández Valverde.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. José Luis, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el momento de interponer este recurso, impugna el Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero.

Mediante el mismo fue promovida a la categoría de Magistrada del Tribunal Supremo la Excmo. Sra. Dª Rosa María Virolés Piñol en virtud

del acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del 30 de enero anterior. Este nombramiento se hizo para cubrir por el turno de especialistas la plaza que dejó vacante en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo la jubilación del Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez y se debió a los méritos y capacidad acreditados por la Sra. Virolés Piñol que constaban en el informe emitido al efecto por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial,

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94
ISSN 1888-5020
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

formación que han sido utilizadas, en relación a todos los solicitantes (y, en su caso, en relación también al candidato que pueda ser propuesto a pesar de no haberlo solicitado inicialmente), para constatar el mérito y capacidad específicamente referido al trabajo jurisdiccional desarrollado; lo que sin duda obligará a haber examinado un número significativo de resoluciones jurisdiccionales.

También habrá de consignar los específicos criterios de mérito y capacidad que, a la vista de la singular convocatoria de que se trate y de las circunstancias constatadas de los participantes, han sido considerados preferentes para elaborar la relación de candidatos que es elevada al Pleno.

Y por lo que en particular se refiere a los candidatos finalmente incluidos en esa relación, señalará las concretas actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que han sido tenidas en cuenta para apreciar en ellos la concurrencia en mayor medida de aquellos criterios de preferencia; y mediante su contraste con las actividades de parecida índole concurrentes en los otros aspirantes, el informe expresará también cuáles son las razones por las que se otorga prioridad o superior valor a las de los incluidos en la relación.

En definitiva, lo que ha de intentar conseguirse es, primero, que la valoración profesional a realizar tenga un soporte básico o material que la sustente y, segundo, que los datos y hechos que encarnen ese soporte material se establezcan con criterios objetivos de búsqueda y selección que sean aplicados por igual a todos los aspirantes.

Sobre este particular es procedente afirmar que lo establecido en los artículos 136 de la LOPJ y 73 del ROF/CGPJ no permiten sentar la conclusión de que la información que haya de recabar la Comisión de Calificación tenga unas pautas formalistas rigurosamente tasadas.

Por el contrario, ambos preceptos tienen más bien un carácter enunciativo de las variadas fuentes de información que podrán ser utilizadas para la calificación, de modo que en este punto es amplia la libertad del Consejo para acudir a las que considere más idóneas, siempre, por supuesto, que no se desprecien u omitan aquellas que razonablemente puedan ser valoradas como las más aptas para obtener el fin perseguido de alcanzar un sólido conocimiento de los méritos de cada uno de los solicitantes.

Mas esa libertad en lo que se refiere al Informe de la Sala de Gobierno requiere esta matización: los términos del artículo 136 de la LOPJ imponen al Consejo hacer una específica referencia al mismo, sin perjuicio de su libertad para dar prioridad a otras informaciones cuando estime que son más completas o cuando

aquel Informe no exista o lo considere insuficiente (como ocurrirá cuando no cumpla con lo que expresamente establece ese precepto de que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados)".

En ejecución de esa sentencia, la Comisión de Calificación aprobó el 25 de enero de 2008 un nuevo informe en el que reiteró la terna que propuso anteriormente. Terna formulada por orden alfabético y formada por D. Victoriano Cubero Romeo, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, D^a Ana María Orellana Cano, magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, y D^a Rosa María Virolés Piñol, magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

SEGUNDO.- Las razones que ofrecía este informe para tal reiteración eran, en esencia, las siguientes.

En primer lugar indicaba que los materiales que había tenido en cuenta eran los currícula de los candidatos, los informes de las Salas de Gobierno de los Tribunales en los que prestaban sus servicios y las resoluciones que habían enviado los solicitantes de la plaza después de que la Comisión de Calificación interesase que lo hicieran en su acuerdo de 12 de diciembre de 2007. Explicaba igualmente, que no había tenido en cuenta las solicitudes del magistrado que no envió ninguna y tampoco las de quienes en los años precedentes habían prestado servicios en órdenes jurisdiccionales distintos del Social. Y tampoco las de quienes desempeñaban cargos de gobierno - dos Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia habían pedido la plaza- pues consideraba que debían agotar sus mandatos, ni las de quienes iban en la terna propuesta para la provisión de otra plaza de la Sala Cuarta que debía cubrirse simultáneamente a ésta.

El informe puso de manifiesto que todos los informes remitidos por las Salas de Gobierno eran elogiosos respecto de los distintos aspirantes y que, por eso, no permitían excluir a ninguno. No obstante, subrayaba que también permitían confirmar el acierto en la elección de la terna y se fijaba en que resaltaban del Sr. Cubero Romeo que era Presidente de la Sala desde mayo de 1989 y su capacidad de trabajo, la gran personalidad de la Sra. Orellana Cano y su capacidad de trabajo y la formación y la experiencia en órganos colegiados y en la Jurisdicción Social de la Sra. Virolés Piñol.

Del análisis de las resoluciones aportadas por los candidatos la Comisión de Calificación extrajo la conclusión de que todas cumplían sobradamente los requisitos de motivación y acreditaban el conocimiento de la Jurisdicción Social de quienes las habían redactado. De ahí que

dijera que todos los aspirantes que las habían remitido demostraban conocimientos bastantes, que no era posible establecer diferencias determinantes en cuanto a su calidad y que no era factible excluir a unos u otros aspirantes, ni atribuirles mayores o menores méritos. No obstante, apuntaba que las resoluciones que habían aportado servían "todas ellas en su conjunto para constatar que los propuestos reúnen la calidad precisa para la plaza que solicitan". Además, observa que las del Sr. Cubero Romeo reflejan la calidad de la Sala que preside sobre variadas materias y las califica de "fundadas y motivadas". De las presentadas por la Sra. Orellana Cano dice que en ellas "se resuelven asuntos complejos motivadamente y con calidad". En fin, añade que la Sra. Virolés Piñol presentó tres tomos de resoluciones "que se mueven en iguales parámetros de calidad".

En cuanto a los currícula, además de su antigüedad, destaca especialmente la presidencia del Sr. Cubero Romeo por más de quince años, mérito que estima "especialmente significativo" aun "sin ser determinante", así como que haya prestado servicios efectivos por más de veinte años en la Jurisdicción Social. También llama la atención sobre su capacidad de trabajo, sobre sus estudios de doctorado y su labor docente. Por eso, considera el informe que "concurren en él (...) los requisitos que le hacen merecedor del puesto que solicita". De la Sra. Orellana Cano subraya que ocupa el núm. 2 en el escalafón de especialistas en el orden social y que fue la núm. 1 de la segunda promoción de magistrados especialistas de lo social, méritos que, sin embargo, el informe no tiene por determinantes. Además menciona "su buen conocimiento del funcionamiento de un órgano colegiado" debido a que ha servido desde hace más de trece años en la Sala de Sevilla. Completa estos aspectos poniendo de manifiesto su "importante formación" por los numerosos cursos y seminarios en que ha participado y dirigido y por las decenas de conferencias que ha impartido sin que ello fuera obstáculo para "el correcto desarrollo de sus labores profesionales". Y sobre la Sra. Virolés Piñol observa que ocupa un alto puesto en el escalafón de especialistas, el núm. 4, lo que -recuerda el informe- no es determinante.

Se fija, también, en la complejidad de las cuestiones de las que conoce la Sala de lo Social de Cataluña y resalta la plena dedicación de la Sra. Virolés Piñol al estudio y práctica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde 1973, pues antes de ingresar en la Carrera Judicial fue letrada de la Administración de la Seguridad Social y Letrada del Estado adscrita a los tribunales de lo social. Advierte que, si bien estos méritos sirvieron para que ingresara en la Carrera Judicial, sirven para mostrar, pese a su antigüedad menor que la de otros candidatos, sus cono-

cimientos teóricos y prácticos sobre el Derecho Laboral, Ve "especialmente significativo que haya ejercido la docencia universitaria durante 22 años ininterrumpidos" y que haya "realizado numerosos cursos y conferencias". Concluye sobre ella de este modo: "Por lo tanto, resultan hechos determinantes para incluir en la terna su antigüedad en el escalafón de especialistas del orden jurisdiccional Social; ejercer su función satisfactoriamente en órgano colegiado cual es la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la calidad de sus resoluciones que evidencian las resoluciones aportadas (sic); el ejercicio de profesiones relacionadas con el derecho Laboral que compensan su menor antigüedad en el escalafón general; y finalmente su formación y preparación que resulta de las actuaciones incorporadas al expediente".

Completan el informe unas consideraciones sobre la posibilidad de que el Pleno decida propiciar la presencia de mujeres en el Tribunal Supremo o de que prefiera que accedan a él candidatos con una edad que asegure su experiencia, si bien aclara que la Comisión de Calificación no ha tenido en cuenta este tipo de criterios porque entiende que la sentencia de 27 de noviembre de 2007 exige que su informe se limite a los datos estrictamente profesionales. Asimismo, aclara que ha tenido presente para confeccionar la terna a magistrados procedentes del extinguido Tribunal Central de Trabajo y a especialistas del orden social y vuelve a señalar que respecto del Sr. Cubero Romeo "se ha tenido en especial consideración su cualidad de Presidente de Sala de un Tribunal Superior de Justicia" aunque, igualmente, se repite que eso "no es tan determinante entre los especialistas por su habitualmente menor antigüedad en la carrera judicial (...)".

TERCERO.- Es menester, a fin de contar con todos los elementos de juicio indispensables para resolver este litigio, recordar que frente a este Real Decreto 212/2008 el recurrente en el proceso que llevó a la sentencia de 27 de noviembre de 2007 promovió incidente de ejecución. Sostenía al efecto el Sr. Serrano Alonso que el nombramiento que formalizaba no respetaba los términos del fallo dictado por el Pleno de la Sala Tercera pues el informe de la Comisión de Calificación que acabamos de resumir no tenía en cuenta sus méritos, sino que los ignoraba de plano y que, por ese motivo, no había "igualdad en el acceso al puesto público sino una especie de escenificación teatral". Por eso, pedía que se decretara la nulidad de este segundo nombramiento y del que se hizo para la otra plaza de la Sala Cuarta provista simultáneamente pues, "como es sabido, han recaído en las mismas personas solicitantes".

La Sección Séptima de esta Sala, por auto de 25 de febrero de 2009,

contrastó el informe conocido con las exigencias puestas de manifiesto en la sentencia de 27 de noviembre de 2007, confirmó que en ella no se exige que se enuncien los méritos de todos y cada uno de los aspirantes a las plazas objeto de litigio y rechazó que procediera declarar esa nulidad porque "(...) El Consejo General del Poder Judicial, para dar cumplimiento a la sentencia dictada en este proceso, anuló los nombramientos y repuso las actuaciones al momento anterior al del informe de la Comisión de Calificación, la cual emitió un nuevo informe en los términos que acaban de expresarse, en virtud del cual el Pleno hizo las nuevas propuestas de nombramiento.

Por lo cual, habiendo seguido esa andadura procedimental según las pautas que estableció la sentencia en sus fundamentos de derecho, ha de considerarse que cumplió desde esa perspectiva con lo que en ella se había decidido; y sin que lo que acaba de afirmarse signifique pronunciarse sobre el juicio de profesionalidad exteriorizado en los nombramientos realizados, pues esta cuestión, como ya se expresó en el fundamento duodécimo de la misma sentencia, no fue objeto de enjuiciamiento y tampoco puede ser abordada en el actual incidente de ejecución".

CUARTO.- La demanda sostiene que el Real Decreto impugnado no ha respetado la sentencia del Pleno de la Sala de 27 de noviembre de 2007 y que ha incurrido en las siguientes infracciones:

1º Falta de imparcialidad y de objetividad de la Comisión de Calificación y del Pleno y merma de las garantías por la utilización de un procedimiento de urgencia de forma injustificada, todo lo cual ha dado lugar al incumplimiento de la sentencia mencionada y a que, por ello, el principio de confianza legítima se torne en desconfianza legítima. En realidad, nos dice, el informe que se ha resumido no tiene otro objeto que el de "apuntalar" el nombramiento anulado anteriormente resolviendo urgentemente el nuevo a pesar de la entidad de la documentación aportada. Considera significativo, en este sentido, que brille por su ausencia el cumplimiento de los requisitos que el propio Consejo General del Poder Judicial ha considerado necesarios en su acuerdo de 25 de junio de 2008 que ha modificado los artículos, 46, 74, 75 y 76 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento para cumplir las exigencias que sobre la motivación de los nombramientos judiciales ha puesto de manifiesto la sentencia del Pleno de esta Sala.

2º Discriminación del demandante porque, aparte de que se silencie u oculte su identidad, a diferencia de lo que ocurre con otros peticionarios, sus méritos no fueron objeto de relación o enumeración por parte de la Comisión de Calificación con el consiguiente agravio comparativo frente

a los aspirantes que sí figuraron en la terna y violación de los artículos 14, 23.2 y 15 de la Constitución. Además, prosigue la demanda, el Consejo General del Poder Judicial ha actuado en contra de los artículos 326.1 y 343 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este punto la demanda critica la forma en que se han valorado los méritos de la Sra. Virolés Piñol y, en particular, dice que no se han indicado "cuáles sean ni qué parámetros fundan la calidad" de las resoluciones que ha presentado. En general, considera que la Comisión de Calificación no se ha guiado por la búsqueda de la solvencia y excelencia en la estricta función jurisdiccional y, frente a ello, expone los extremos que acredita su curriculum de los que destaca su antigüedad en la Carrera Judicial (1977), el número (47) que ocupa en el escalafón general como magistrado de trabajo especialista, su condición de magistrado del Tribunal Central de Trabajo, haber sido letrado del Tribunal Constitucional y Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desde el 18 de junio de 2004.

3º Arbitrariedad y déficit o vicio de motivación en el nombramiento e infracción del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución). Le lleva a afirmar estos vicios el hecho de que se haya ofrecido una apariencia de motivación o, mejor, una pseudomotivación pues, con argumentos artificiosos, sin indicar los criterios o parámetros de los que se ha servido ni ponderar el volumen de trabajo realizado, la Comisión de Calificación dice que todas las sentencias que se le han presentado por los peticionarios son buenas, que los méritos de los candidatos son similares para, de este modo, justificar la libertad total del Consejo General del Poder Judicial para alcanzar el resultado preconcebido.

4º Indebido influjo de la condición femenina, dirigida a favorecer el nombramiento de mujeres en el Tribunal Supremo, con violación del artículo 14 de la Constitución, mediante la discriminación por edad. Dice en este punto la demanda que "carece de razón, cuando lo que se pretende es elegir por mérito y capacidad, abandonando el término persona, centrarse en el sexo, cuya relevancia es sólo sexual, tema ajeno a cualquier nombramiento para cubrir una plaza para el Tribunal Supremo, al margen de cualquier actividad sexual. Además, la Magistrada en cuestión ha tenido las mismas oportunidades concretas de acceder a la carrera judicial en idénticas condiciones y momento que el impugnante y si no lo hizo, ello no puede perjudicar al impugnante. No existe razón alguna en una verdadera democracia, Estado de Derecho, para hacer del sexo una cuestión de medio, sin justificación alguna (...). El sexo no es una pèrtiga que permita

saltarse olímpicamente a otra persona de otro sexo. Ello es simplemente una discriminación que se introduce en el contexto actual y que, de consumarse, en el futuro será considerada histórica".

5º Arbitrariedad y pura volición, al utilizar criterios personalizados para alguno de los propuestos en la terna, no para el resto, y exceso en el ejercicio y erróneo entendimiento por parte del Consejo de su margen de discrecionalidad, que debe ejercitarse con subordinación a la Ley y al espíritu de los artículos 326.1 y 343 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la jurisprudencia. Así, observa, ser Presidente de Sala vale para uno de los incluidos en la terna pero no para el recurrente. Y tampoco se ha tenido en cuenta que ha servido en varias magistraturas, en el Tribunal Central de Trabajo y en tres Tribunales Superiores de Justicia.

6º Violación del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con violación indirecta o impropia del artículo 24.1 de la Constitución por erigir obstáculos irrazonables en el fiel cumplimiento de la sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 27 de noviembre de 2007.

7º Fraude de Ley y desviación y abuso de derecho ya que el relativismo jurídico que distingue al informe de la Comisión de Calificación elimina a limine a los candidatos más cualificados o, simplemente, no los valora. De este modo, "implícitamente se intenta desvirtuar la posición constitucional del Tribunal Supremo creando un área de política judicial (o antijudicial) fuera de la posibilidad de control".

8º Infracción de la jurisprudencia a la que se alude en la sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 27 de noviembre de 2007 sobre el *cursum honorum* y de los límites en el ejercicio de la discrecionalidad, infracción que supone un ataque indirecto a la independencia judicial y al principio de la separación de poderes, desde el momento en que se ha procedido en este nombramiento como si se tratara de cubrir un cargo de confianza, por lo demás, mal entendida. Vuelve a decir aquí la demanda que la Comisión de Calificación, sin valorar críticamente las sentencias aportadas, las ha considerado a todas de igual calidad, cuando lo cierto es que no tuvo tiempo de valorarlas. Le reprocha, también, que su informe prescindiera del volumen del trabajo judicial desarrollado y que lo valore por igual que otras actividades.

QUINTO.- La Abogada del Estado señala que nada impedía que el Consejo General del Poder Judicial volviera a nombrar a la misma magistrada pues la anulación de su nombramiento anterior se debió a razones formales. Afirma que no es preciso incluir en la propuesta de la Comisión de Calificación los nombres de todos los solicitantes, ni sus

méritos y dice no entender en qué argumentos se apoya la demanda para afirmar la parcialidad y falta de objetividad que imputa al proceder del Consejo. Insiste en que no se ha privado a los Vocales de ningún elemento de juicio y que en nada desvirtúa el nombramiento ahora cuestionado el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 25 de junio de 2008. Acuerdo que, por otro lado, es posterior al Real Decreto recurrido.

Niega la Abogada del Estado que D. José Luis haya sido discriminado y, en contra de lo que sostiene la demanda, afirma que la propuesta de la Comisión de Calificación está motivada. A este respecto se apoya en el auto de la Sección Séptima de 25 de febrero de 2009. Tampoco acepta que haya habido vulneración alguna del artículo 14 de la Constitución porque el propio informe excluye expresamente los factores relacionados con el sexo y con la edad de entre los que ha considerado para formular la terna. En todo caso, recuerda que sería legítimo tenerlos en cuenta y que el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, contempla entre las que llama "acciones positivas" la adopción de medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Y que su artículo 16 quiere que los poderes públicos procuren atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designación de los cargos de responsabilidad que les correspondan. Ley orgánica ésta que modifica la del Poder Judicial para garantizar la igualdad de los sexos.

Añade la contestación a la demanda que el Consejo ha cumplido la sentencia de 27 de noviembre de 2007, invocando de nuevo el auto de la Sección Séptima de 25 de febrero de 2009 y rechaza las alegaciones del Sr. Alonso Saura sobre el fraude de ley, la desviación de poder y el abuso de derecho, de las que dice que solamente se basan en especulaciones del recurrente carentes de todo fundamento. Y sobre la infracción de la jurisprudencia sobre el *cursum honorum* afirma que son las tesis del recurrente las que la contradicen.

SEXTO.- La contestación a la demanda de la Sra. Virolés Piñol plantea, en primer lugar, la inadmisibilidad de este recurso. Afirma sobre el particular que D. José Luis se quietó a la ejecución de la sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 27 de noviembre de 2007, con lo que la aceptó así como la forma en que fue cumplida. De ahí que entienda que procede desestimar el recurso por concurrir causa de inadmisión.

Seguidamente, se adhiere a la contestación a la demanda de la Abogada del Estado y subraya que D. José Luis, ciertamente no incluido en la

propuesta de la Comisión de Calificación, tampoco fue añadido posteriormente a instancia de alguno de los Vocales. Insiste, después, en que el auto de la Sección Séptima resuelve la cuestión de la motivación del nuevo nombramiento, que es plenamente ajustado a Derecho. Por eso, sostiene que es cosa juzgada que la Comisión de Calificación especificó las fuentes de información de las que se sirvió para averiguar los méritos de los solicitantes, que se pidió a todos un número de resoluciones por ellos elaboradas, que se expresaron los datos jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que se tuvieron en cuenta para apreciar en la Sra. Virolés Piñol el mérito prioritario que debía decidir el nombramiento y que ese mérito fue la variedad y complejidad de las materias enjuiciadas, la profundidad y calidad del estudio que sus resoluciones revelaban y, luego, la importancia de los conocimientos teóricos que demostró en las disciplinas propias de la Jurisdicción Social.

Analiza, después, la demandada los méritos de D. José Luis y destaca que mientras el recurrente es magistrado de trabajo categoría d), ella es especialista por oposición y que ha servido por más tiempo en la Jurisdicción Social y en un órgano colegiado. Y que si el Sr. Alonso Saura era Presidente de la Sala de lo Social, no ha sido ratificado en el cargo por lo que el tiempo que se le debe considerar en el mismo es de veintitrés meses. Dice, también, que el recurrente aportó tres sentencias de 2007 que no pueden ser tenidas en cuenta porque son de fecha posterior a la convocatoria. Después subraya que ella se ha dedicado plenamente desde 1973 al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Considera, por otra parte, ofensivas las alegaciones del recurrente respecto del "indebido influjo de la condición femenina" y sostiene que en su nombramiento no influyeron ni el hecho de ser mujer ni su edad. Y, tras rechazar que haya habido infracción del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24 de la Constitución, niega que se den los presupuestos necesarios para apreciar fraude de ley, desviación de poder y abuso de derecho, así como la infracción de la jurisprudencia.

En virtud de todo lo cual considera que, además de desestimar íntegramente la demanda, debemos condenar en costas al recurrente.

SÉPTIMO.- Lo primero que hemos de decir es que, tal como ya se dijo al rechazar las alegaciones previas, este recurso no es inadmisible pues, con independencia de las circunstancias que han originado el Real Decreto 212/2008, lo cierto es que se trata de un acto nuevo de los que, conforme a la Ley de la Jurisdicción, son susceptibles de impugnación ante esta Sala. Por eso, del

hecho de que D. José Luis no utilizara en su momento el cauce del incidente de ejecución no se desprende que consintiera el nuevo nombramiento de la Sra. Virolés Piñol. Además, como se ha visto, su impugnación se extiende a aspectos sobre los que la sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2007 no se pronunció -la infracción del principio de igualdad- y a otros no planteados en la demanda de aquél proceso como la valoración de las resoluciones jurisdiccionales, la incidencia de la edad, la arbitrariedad, la desviación de poder, el abuso de derecho y el fraude de ley a los que apunta D. José Luis.

OCTAVO.- Es en el informe de la Comisión de Calificación, dice el fundamento noveno de la sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2007, donde se han de cumplir las exigencias sustantivas y formales necesarias para dotar a la decisión que adopte el Consejo General del Poder Judicial, cuando de nombramientos como el que se discute se trata, de la motivación imprescindible. En este caso, además, la relevancia a esos efectos de dicho informe es aun mayor porque no consta que en el debate producido en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial se manejen criterios o razones diferentes de las que se han plasmado en él. Por tanto, debemos comprobar si, efectivamente, la Comisión de Calificación respetó tales exigencias o requisitos.

No obstante, antes hemos de decir que en ese informe no es necesario relacionar y valorar los méritos de todos los aspirantes que han solicitado la plaza. A ello hemos de añadir que tampoco se ha producido la ocultación de la identidad del recurrente de la que se queja la demanda.

Esto último porque, aunque no se le mencione en dicho informe a D. José Luis, al Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 74 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, se le elevó la lista de los solicitantes de la plaza. Lista que obra en el expediente de manera que no hubo ocultación ninguna. Por lo demás, no debe olvidarse que cualquiera de los miembros del Consejo podía hacer uso de la facultad que el párrafo segundo de ese precepto, en la redacción entonces vigente, les atribuía de presentar cualquier candidato distinto de los incluidos en la terna, bien de los que hubieran pedido la plaza, bien de los que no lo hubieran hecho, siempre que reunieran los requisitos necesarios y hubieran dado su consentimiento.

Sobre si el informe debe referirse a todos los solicitantes o únicamente a los incluidos en la propuesta de la Comisión de Calificación, hemos de subrayar que la sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2007 -al igual que la de 29 de mayo de 2006 y los autos que se dictaron en su ejecución y la 27 de noviembre de 2006 (recur-

so 117/2005)- en ningún momento dice que deba hacerse mención en él de todos los peticionarios. Esa cuestión ha sido objeto de discusión pero la Sala no ha estimado necesario que así se haga. Precisamente, por eso, uno de los votos particulares presentados al auto del Pleno de 27 de noviembre de 2006, dictado en ejecución de la sentencia de 29 de mayo anterior (recurso 309/2004), hizo patente la discrepancia de quienes lo suscriben con esa solución. En realidad, lo que, según la jurisprudencia emanada de esas resoluciones debe reflejar el informe, cuando se trate de proveer plazas jurisdiccionales entre magistrados, es lo siguiente: el criterio o criterios de mérito o capacidad profesional en virtud del cual o de los cuáles se va a establecer la preferencia para adjudicar la concreta plaza convocada; las fuentes de información utilizadas para comprobar en qué medida concurren en cada uno de los aspirantes esos méritos o capacidades profesionales, fuentes entre las que debe ocupar un lugar preferente un número significativo de resoluciones jurisdiccionales elaboradas por los peticionarios; y por qué singulares razones extraídas de su labor jurisdiccional y de sus actividades extrajurisdiccionales, se ha apreciado que los candidatos incluidos en la propuesta reúnen en mayor medida que los demás esos requisitos de mérito y capacidad profesional elegidos por el propio Consejo General del Poder Judicial para adjudicar la plaza. Tal justificación no requiere, pues, relacionar los méritos de todos los peticionarios sino solamente explicar los motivos por los que la Comisión de Calificación entiende que dicho mayor mérito concurre en los candidatos propuestos.

NOVENO.- El informe emitido en este caso, ciertamente, identifica las fuentes de información de las que se ha servido la Comisión de Calificación: los currícula, los informes de las Salas de Gobierno de los tribunales en que estaban destinados los solicitantes de la plaza y las resoluciones que éstos le hicieron llegar. Ningún reproche merece desde este punto de vista.

También dice por qué no incluye en la propuesta a determinados aspirantes: porque desempeñan cargos de gobierno y es conveniente que concluyan sus mandatos, porque ejercían en las fechas precedentes en otras jurisdicciones o porque figuraban en la terna propuesta para proveer la otra plaza de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que se convocó simultáneamente a ésta y que se adjudicó de manera igualmente simultánea. Tampoco apreciamos motivos para cuestionar estos criterios de la Comisión de Calificación porque es razonable que quien libremente solicitó y obtuvo un cargo gubernativo complete el mandato para el que fue nombrado y que sea preferible proponer a quienes están ejerciendo en estos momentos en la Jurisdicción Social por lo que no cabe dudar de

que ésta es una decisión plenamente integrada en los márgenes de discrecionalidad del Consejo. Del mismo modo debe respetarse la decisión de no incluir en la terna a quienes ya figuran en la otra elevada al Pleno del Consejo General del Poder Judicial al mismo tiempo que ésta pues significa que todos los propuestos poseen los requisitos de idoneidad juzgados suficientes para acceder al Tribunal Supremo y, de ese modo, se amplía, ya desde el momento de la propuesta, el margen de elección del Pleno. No debe olvidarse, por otra parte, que la posibilidad de que cualquiera de los miembros del Consejo proponga a solicitantes que la Comisión de Calificación ha preferido no tener en cuenta relativiza el alcance de esa decisión.

Otro aspecto que por sí solo no desvirtúa el proceder del Consejo es la celeridad con la que procedió a ejecutar la sentencia de 27 de noviembre de 2007. Entre la recepción de las resoluciones remitidas por los peticionarios de la plaza y la aprobación del informe la Comisión de Calificación dispuso de tiempo suficiente para examinarlas y formarse opinión sobre las de cada magistrado. Por lo demás, resolver con agilidad los procedimientos y no digamos, cumplir con prontitud las sentencias, no puede considerarse un defecto cuando se ha hecho con margen suficiente para decidir con arreglo al ordenamiento jurídico. E insistimos, en esta ocasión, se ha dispuesto de él.

DÉCIMO.- Volviendo a los materiales de los que se ha servido la Comisión de Calificación hemos de coincidir en que es verdad que los términos en los que las Salas de Gobierno se han manifestado sobre los aspirantes privan de valor dirimente a sus informes y, en cuanto a los distintos currícula, es igualmente cierto que proporcionan datos de diferente naturaleza por lo que es difícil establecer sobre ellos una preferencia. En cuanto a la relevancia que atribuye a la presidencia de Sala de lo Social de uno de los integrantes de la terna, como al mismo tiempo que lo resalta advierte que no es determinante, puede admitirse que no sea incoherente dejar fuera de la propuesta a D. José Luis, quien también presidía entonces una Sala de lo Social. Y lo mismo sucede con otros datos, como la antigüedad o el puesto que se ocupa en el escalafón de especialistas, cuyo carácter no decisivo hace constar expresamente el informe.

Ahora bien, si lo anterior puede aceptarse, no sucede lo mismo con otro de los presupuestos sobre los que descansa el informe de la Comisión de Calificación ni con la consecuencia a la que conduce. La premisa que no es válida es la igual valoración que hace la Comisión de Calificación de los méritos relacionados con la labor jurisdiccional de todos los aspirantes. Su invalidez resulta de la falta de explicación de las razones por las que se ha llegado a

esa conclusión, ya que no pueden admitirse las que ofrece el informe de la Comisión de Calificación. Afirmar que las sentencias cuya calidad técnica se proclama están "motivadas" o que son "fundadas", es absolutamente insuficiente para cumplir las exigencias de motivación que la sentencia de 27 de noviembre de 2007 consideró imprescindibles, ya que la motivación es un requisito esencial de las sentencias, según prescribe el artículo 120 de la Constitución, de manera que no puede ser soporte de un mérito profesional el cumplimiento del esencial deber de motivar las resoluciones que lo exijan aunque sí sea un demérito, cuando no una infracción disciplinaria, dictarlas sin motivación o de manera infundada. Por otra parte, el informe no indica qué sentencias de las presentadas por los aspirantes incluidos en la terna le han parecido más significativas ni, en definitiva, lleva a cabo un estudio mínimo del trabajo jurisdiccional de los candidatos. Y, naturalmente, esa falta de explicación conduce a dar el mismo valor a todas las presentadas en un juicio del que se desconocen las bases sobre las que se asienta y que tiene la consecuencia de neutralizar el que ha de ser el principal elemento de juicio a tener en cuenta.

En efecto, el mérito vinculado al ejercicio de la función jurisdiccional o de aquellas otras que sean materialmente asimilables a ella, lejos de ser uno más de los que han de considerarse, adquiere una relevancia preponderante en los nombramientos para cargos jurisdiccionales y, en especial, para las plazas de Magistrado del Tribunal Supremo a proveer entre magistrados. Así lo ha destacado la sentencia de 27 de noviembre de 2007, siguiendo la línea trazada en las de 29 de mayo y 27 de noviembre de 2006, todas del Pleno de esta Sala. Bastará con recordar que en la dictada el 29 de mayo de 2006 se afirma rotundamente que "los méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo (en que consiste el nombramiento de Magistrado del Tribunal Supremo) habrán de ser en términos casi absolutos los de solvencia y excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional" (fundamento 5°).

Si, además, tenemos presente que el informe de la Comisión de Calificación no identifica con nitidez el criterio que para ella ha de determinar la preferencia conforme a la que va a elaborar la propuesta -el artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial quiere que esa Comisión se forme "unos criterios de calificación"-, las consecuencias del defecto anterior agravan la insuficiencia que se acaba de describir. En efecto, de la lectura de ese informe es posible deducir que se ha guiado por la idea de la profesionalidad, pues expresamente reconoce que se limita a los datos de esa naturaleza. No obstante, no precisa en qué aspectos de la misma se fija para efectuar la propuesta, con lo que nos encontramos, también

desde esta perspectiva, con la ausencia de justificaciones que nos permitan apreciar el sentido del razonamiento conducente a la formación de la terna.

No son aceptables como posibles explicaciones de estas deficiencias las consideraciones que hace la Comisión de Calificación sobre la dificultad de cumplir las exigencias que sobre la motivación de estos nombramientos dedujo la sentencia de 27 de noviembre de 2007 de las normas constitucionales y legales que los regulan. El carácter colegiado de un órgano y la formación de su voluntad por mayoría no impiden que establezca los criterios que van a guiar su decisión pues si alguno de sus miembros discrepa de los que prevalecen siempre puede hacer constar en voto particular, concurrente o discrepante, los que a su parecer deben tenerse en cuenta.

Contribuye a poner de manifiesto las deficiencias que estamos señalando comprobar lo que dispone ahora el artículo 74.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, en la redacción que le ha dado el acuerdo del Pleno de 25 de junio de 2008. Acuerdo que, según explica su preámbulo, tiene como principal antecedente la sentencia de 27 de noviembre de 2007. Pues bien, ese precepto dice en su redacción vigente que el informe de la Comisión de Calificación "contendrá, al menos, (...) (una) exposición general descriptiva de los méritos y el perfil que se consideren adecuados para la plaza anunciada" y que "respecto al mérito de la actividad jurisdiccional desarrollada por cada uno de los integrantes de la terna, el informe incluirá la expresión de cuáles han sido las concretas resoluciones jurisdiccionales que se han considerado como decisivas para apreciar en aquéllos un superior mérito en lo que se refiere al estricto ejercicio de la función jurisdiccional".

Es verdad que el artículo 74.2 fue modificado con posterioridad a la emanación del Real Decreto 212/2008, por lo que no era aplicable al caso. Sin embargo, sí es llamativo que el mismo Consejo General del Poder Judicial que realizó ese cambio de la normativa reglamentaria siguiendo los criterios jurisprudenciales, no tuviera en cuenta en este caso -como apunta la demanda- lo que resultaba sin dificultad, según su propia interpretación, de dichos criterios ya que, según se ha visto, falta aquí una precisa descripción de los méritos y perfil adecuados a la plaza y la expresión de las resoluciones que se han visto como decisivas para apreciar en quienes las elaboraron un superior mérito en la tarea jurisdiccional.

Por tanto, la decisión del Consejo General del Poder Judicial de nombrar a D. José Luis no cuenta con la motivación necesaria. Constatación

ésta que hacemos sin entrar en la consideración profesional que, sin duda, merece sino que referimos exclusivamente a la ausencia en el informe de la Comisión de Calificación de algunos de los elementos imprescindibles para fundamentar la propuesta sobre la que, después, decidió el Pleno. Ausencia que no consta compensada o suplida por su expresión en los debates plenarios.

UNDÉCIMO.- La conclusión a la que hemos llegado puede parecer contradictoria con la que alcanzó el auto de la Sección Séptima de 25 de febrero de 2009, dictado en el incidente de ejecución de la sentencia de 27 de noviembre de 2007. Auto que, como hemos visto, consideró improcedente la pretensión de declarar la nulidad de los nombramientos efectuados por los Reales Decretos 211 y 212/2008 y que juzgó que se había respetado por el Consejo General del Poder Judicial la andadura procedimental que esa sentencia imponía.

En realidad, tal contradicción no existe porque, como se preocupa de decir el auto mencionado, el respeto a tal andadura que advierte en la actuación del Consejo -incluido, ciertamente, el informe de la Comisión de Calificación antes resumido- guarda relación "con lo (...) decidido" en aquella sentencia. Y lo decidido nada tenía que ver con la calidad de las resoluciones redactadas por los magistrados aspirantes a la plaza cuya provisión se anunció entre especialistas en el orden social, ni con la definición del criterio con arreglo al cual se iba a establecer la preferencia entre los solicitantes. Por el contrario, el promotor del incidente se limitó a cuestionar los nuevos Reales Decretos porque entendía que la sentencia de 27 de noviembre de 2007 exigía que su motivación incluyera expresamente, también, los méritos alegados por los aspirantes no incluidos en la propuesta. De ahí que el auto se limitase a señalar que no era necesario y a constatar que se habían respetado los aspectos formales del procedimiento sin entrar en el acierto de la decisión a la que condujo.

Ha sido en este pleito donde se ha suscitado por primera vez el problema de cómo ha de valorarse el trabajo jurisdiccional realizado por los magistrados que aspiran a la plaza para apreciar en los incluidos en la terna y en el finamente nombrado el mayor mérito frente a los demás que ha de decidir el nombramiento. Problema, insistimos, ausente en el recurso 407/2006 pues en él se discutió sobre qué elementos debía incluir la necesaria motivación de estos actos del Consejo General del Poder Judicial para que fuera claramente visible el camino seguido en la formación de su voluntad. Sin embargo, en este caso se ha resuelto algo diferente: la suficiencia de los parámetros utilizados para apreciar, a partir de los méritos de los componentes de la terna, la superioridad profesio-

nal que les hace acreedores de la preferencia que se les ha reconocido frente a los demás peticionarios.

DUODÉCIMO.- Es ya suficientemente conocido el cambio que ha supuesto en la jurisprudencia la interpretación que en materia de nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial han seguido las sentencias que se vienen mencionando.

En efecto, al recordar que el acceso a los cargos que se proveen de ese modo y, en particular, al de Magistrado del Tribunal Supremo forma parte del *cursum honorum* inherente a la noción misma de Carrera Judicial que asume la Constitución, ha subrayado también que ha de descansar en el respeto escrupuloso a los principios de mérito y capacidad. Y, negativamente, que debe producirse de tal manera que excluya todo atisbo o apariencia de que los nombramientos se hayan debido a la pertenencia o proximidad a una determinada asociación profesional, a una particular formación política o a cualquier otra entidad.

La concreción del mérito y la capacidad que, por designio constitucional, ha de presidir el acceso de los miembros de la Carrera Judicial al Tribunal Supremo, se traduce esencialmente en la idea de "solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional", expresada en la sentencia de 29 de mayo de 2006 a la que ya se ha hecho alusión. La actuación del Consejo General del Poder Judicial ha de encajarse en estos casos a comprobar que concurre en algunos o en todos los aspirantes a las plazas del que la Constitución ha erigido en órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Sin embargo, de ahí no se deduce que la jurisprudencia haya transformado en un concurso de méritos el sistema de provisión de las plazas del Tribunal Supremo o el que conduce a los restantes nombramientos discrecionales, ni que haya privado al Consejo General del Poder Judicial de las facultades que la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial ponen en sus manos.

Por el contrario, desde la sentencia de 29 de mayo de 2006 ha subrayado el amplio margen de decisión del que dispone y que se manifiesta, en primer lugar, en su facultad de determinar los criterios de mérito y capacidad conforme los que va a efectuar un nombramiento. Es decir, en su capacidad de señalar el perfil profesional, coherente con la plaza de que se trate, que entienda más adecuado para cubrirla y de indicar las fuentes de conocimiento o materiales de los que se va a servir para comprobar en qué medida se ajustan a él los méritos de quienes la hayan solicitado, o sea para comprobar la solvencia y excelencia profesional a las que acabamos de referirnos. Criterios que,

tratándose de plazas jurisdiccionales, como en este caso sucede, pueden ser variados según la que concretamente deba proveerse. Margen de decisión que comprende, incluso, el de elegir libremente a aquél candidato o candidata que prefiera de entre los que concluya razonadamente que acreditan en igual medida esas solvencia y excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y presentan méritos extrajurisdiccionales que le merecen una consideración equivalente.

No es aventurado afirmar que hay en la Carrera Judicial un número más que suficiente de magistrados que poseen sobradamente esas cualidades ni que concurrirán en mayor medida a los procedimientos de provisión de las plazas del Tribunal Supremo y a los otros de nombramiento discrecional cuanto más profundice el Consejo General del Poder Judicial en la búsqueda de la superior cualificación profesional a la hora de resolverlos. Participación mayor que, al tiempo, asegurará un elevado nivel de calidad entre los solicitantes y un más amplio espacio a la hora de elegir a quienes vayan a ser nombrados.

En otras palabras, con los límites de la interdicción de la arbitrariedad y de la desviación de poder que imponen los artículos 9.3 y 106.1 de la Constitución, el Consejo General del Poder Judicial dispone de una gran libertad de decisión para llevar a cabo la política de nombramientos que él mismo decida en el ejercicio de la autonomía que le garantiza el texto fundamental. Las únicas cargas que debe asumir son las de operar de manera transparente en la elección entre los mejores profesionalmente de los magistrados que considere más idóneos a partir de las premisas por él fijadas y de ofrecer la correspondiente explicación en los términos expuestos.

DECIMOTERCERO.- Es preciso completar los razonamientos precedentes con algunas consideraciones adicionales sobre el modo en que el Consejo General del Poder Judicial, dada su condición de órgano colegiado, ejerce su función constitucional de proponer a quienes deban recibir estos nombramientos discrecionales.

En el diseño de la Ley Orgánica del Poder Judicial esa decisión se inserta en un procedimiento en el que, según se ha recordado, ocupa un lugar central el informe de la Comisión de Calificación y la propuesta que ésta ha de elevar al Pleno del Consejo. Diseño que, luego, desarrolla el Reglamento de Organización y Funcionamiento. Pero es el Pleno el órgano competente para decidir. La intervención de la Comisión de Calificación es un paso previo, preceptivo pero no vinculante. Por eso, el Pleno puede aceptar su informe y si, según el mismo, todos los candidatos que le ha propuesto presentan un grado equivalente de excelencia ele-

gir sin necesidad de ulterior explicación al que de ellos prefiera. Caso de que la propuesta establezca fundamentalmente una preferencia puede aceptarla sin más y escoger al que ha destacado ya la Comisión de Calificación pero, también, está en su mano optar por alguno de los que le seguían, aunque habrá de motivar por qué se separa de ella en este punto. En fin, el Pleno puede no compartir, sea los presupuestos sobre los que se elaboró el informe y, por tanto, su sentido, sea la propuesta que le acompañaba, o ni los unos ni la otra. De nuevo, debemos recordar que el Presidente y los Vocales tienen la facultad de someterle la candidatura de solicitantes que la Comisión no le propuso o, incluso, de magistrados que no pidieron la plaza pero que cumplen los requisitos exigidos y han prestado su consentimiento al efecto.

En tales supuestos, la validez desde el punto de vista de la motivación de los acuerdos que llegue a dictar el Consejo General del Poder Judicial dependerá de que del acta de la deliberación plenaria puedan extraerse las razones concretas que han llevado a la mayoría a apartarse en todo o en parte de los planteamientos de la Comisión de Calificación y a optar por un candidato o candidata determinado. Es decir, será preciso que, cualesquiera que fueren las razones que en el fuero interno muevan a los miembros del Pleno a votar en un determinado sentido, de ese acta se desprenda con claridad suficiente - "razonable y suficientemente" dice la sentencia de 29 de mayo de 2006- el hilo argumental que lleva a la decisión tomada.

Obviamente, ese discurso habrá de ser coherente con los presupuestos sobre los que debe descansar: los constituidos por los méritos que los aspirantes hayan acreditado, en especial los relacionados con su trabajo jurisdiccional cuando se trate de plazas de esa naturaleza, y la idea o criterio de preferencia con arreglo al cual se toma la decisión.

DECIMOCUARTO.- Los razonamientos anteriores son suficientes para estimar el recurso contencioso-administrativo sin que sea necesario entrar en el examen de las restantes causas por las que D. José Luis entiende contrario a Derecho el Real Decreto 212/2008. Sí debemos hacer dos precisiones finales.

La primera se refiere a los términos en que la demanda plantea la infracción del artículo 14 de la Constitución por el indebido influjo que atribuye a la "condición femenina" en el nombramiento. Con independencia de que ningún indicio hay de que aquí haya jugado en la decisión del Consejo General del Poder Judicial el propósito de favorecer el acceso de mujeres al Tribunal Supremo, la Sala entiende que es absolutamente impropio hablar a este respecto como, sin embargo, se

hace en ese escrito procesal de "la actividad sexual".

La segunda tiene que ver con el alcance de la estimación. El suplico de la demanda pide como pretensión principal que, con retroacción del procedimiento a la fase de elaboración de su informe, ordenemos a la Comisión de Calificación que proponga al recurrente ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial como candidato a ocupar la plaza. Y, subsidiariamente, pretende que se haga ese informe sobre todos los candidatos valorando sus méritos y capacidad y en estricta igualdad entre ellos, sin influjo, dice, del principio de preferencia femenina, a fin de que el Pleno vote por los aspirantes más idóneos en virtud de los principios de mérito y capacidad.

Es evidente que no procede acoger la petición principal sino solamente en parte la subsidiaria. Esto significa que debemos anular el Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero, y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la elaboración por la Comisión de Calificación del informe previsto en el artículo 74 del Reglamento de Organización y Funcionamiento a fin de que emita otro nuevo observando las pautas que hemos señalado en la sentencia de 27 de noviembre de 2007 y las que hemos precisado en los fundamentos precedentes para que, después, resuelva el Pleno del Consejo General del Poder Judicial mediante resolución motivada.

DECIMOQUINTO.- Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace imposición de costas.

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

FALLO

1º Que estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 372/2008 interpuesto por D. José Luis contra el Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a Dª Rosa María Virolés Piñol y lo anulamos.

2º Que reponemos el procedimiento en el momento anterior a la emisión por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial del informe previsto en el artículo 74 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento a fin de que emita otro nuevo de conformidad con lo que se ha señalado y, después, resuelva el Pleno del Consejo General del Poder Judicial mediante resolución motivada.

3º Que no hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo Ge-

neral del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Mariano de Oro-Pulido y López.- Ricardo Enríquez Sancho.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- José Manuel Sieira Míguez.- Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herro.- Segundo Menéndez Pérez.- Juan José González Rivas.- Enrique Lecumberri Martí.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- Santiago Martínez-Vares García.- Eduardo Espín Templado.- Juan Gonzalo Martínez Micó.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rafael Fernández Valverde.- Celsa Pico Lorenzo.- Octavio Juan Herrero Pina.- Emilio Frías Ponce.- José Díaz Delgado.- Eduardo Calvo Rojas.- Manuel Martín Timón.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Ángel Aguillo Avilés.- Joaquín Huelin Martínez de Velasco.- María del Pilar Teso Gamella.- Juan Carlos Trillo Alonso.

VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 372/2008, interpuesto por la representación procesal de D. José Luis contra el Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a Dª Rosa María Virolés Piñol.

Expreso, respetuosamente, mi desentimiento con el pronunciamiento de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2009 (R. 372/2008) que, en la expresión del voto mayoritario, resuelve estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. José Luis, y acuerda anular el Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a Dª Rosa María Virolés Piñol, ordenando reponer el procedimiento en el momento anterior a la emisión por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial del informe previsto en el artículo 74 del Reglamento de Organización y Funcionamiento a fin de que emita un nuevo informe de conformidad con las exigencias establecidas en los fundamentos jurídicos de la sentencia, y, después, resuelva el Pleno del Consejo General del Poder Judicial mediante resolución motivada, que baso en los siguientes razonamientos jurídicos:

Primero.- A mi juicio, el recurso contencioso-administrativo número

372/2008, que enjuiciamos, debió declararse inadmisibles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que el recurrente no puede pretender que se declare por esta Sala Jurisdiccional la nulidad del nombramiento de Magistrado del Tribunal Supremo D^a Rosa María Vioolés Piñol, contenida en el Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero, y solicitar la “retroacción del procedimiento a la fase de elaboración del Informe por la Comisión de Calificación del nuevo Consejo General del Poder Judicial”, con la finalidad de que se le “proponga al Pleno como candidato a ocupar la plaza en cuestión del Tribunal Supremo”, cuando:

1) Se aquietó a la originaria propuesta de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial para provisión de una plaza de Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, correspondiente al turno de especialistas o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo, que fue debatida por el Pleno el 18 de septiembre de 2006, en cuya terna no figuraba.

2) Consintió, al no haber recurrido, el precedente Real Decreto 1264/2006, de 27 de octubre, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a D^a Rosa María Vioolés Piñol.

3) No se personó ni en el referido proceso ni en el incidente de ejecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 (RC 407/2006), que anuló dicho nombramiento, resolviendo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Eduardo Serrano Alonso, en que, asimismo, se ordenó la retroacción de actuaciones al momento inmediato anterior al del Informe de la Comisión de Calificación para que sea emitido un nuevo informe que cumpla con las exigencias de motivación consideradas en su fundamentación jurídica, al constituir este comportamiento procesal abuso de derecho.

Discrepo, por tanto, del contenido del Auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2009, que acordó que no ha lugar a lo solicitado por el Abogado del Estado en el trámite de alegaciones previas, referente a que se declare la inadmisión del recurso contencioso-administrativo 372/2008, por haberse interpuesto contra un acto no susceptible de impugnación, por deber haber planteado el ahora recurrente un incidente de ejecución de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley re-

guladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, concretamente, en el artículo 110 de la Ley jurisdiccional, que autoriza la extensión de los efectos de la sentencia a otras personas que no hubieran recurrido el acto en el ámbito del personal al servicio de la Administración Pública, que, a estos efectos, puede aplicarse extensivamente a la resolución de convocatorias de promoción de Magistrados, puesto que no se toma en consideración que el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 30 de enero de 2008 recurrido, se dicta en estricto cumplimiento de la referida sentencia del Pleno de esta Sala de 27 de noviembre de 2007, limitándose la Comisión de Calificación y el Pleno del Consejo General del Poder Judicial a subsanar los defectos de motivación advertidos por este Tribunal.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 87/2008, de 21 de julio, ha reconocido la legitimidad constitucional de las actuaciones procesales que sostienen la imposibilidad de impugnar, en referencia a procesos selectivos de acceso a la función pública, actos administrativos posteriores que se limiten a reiterar materialmente el contenido de otros anteriores, cuando se evidencia el incumplimiento de la carga procesal de recurrir en tiempo el acto originario, en aras de no defraudar las normas procesales que establecen los plazos para recurrir y conciliar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con las exigencias que se derivan del principio de seguridad jurídica.

Por ello, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sostengo que el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 30 de enero de 2008 no es recurrible por el demandante D. José Luis, pues no puede calificarse de acto nuevo, a los efectos de examinar la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por extenderse los argumentos impugnatorios a cuestiones no resueltas por la precedente sentencia de este Pleno de 27 de noviembre de 2007, como entiendo la sentencia de la que discrepo, en su fundamento jurídico séptimo, ya que la lesión jurídica subjetiva denunciada por la defensa letrada del referido Magistrado se produjo invariablemente en el procedimiento de provisión de la plaza de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo correspondiente al turno de especialización o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo, vacante por jubilación de D. Juan Francisco García Sánchez, convocado por Acuerdo de la Comisión Permanente de 18 de abril de 2006 (B.O.E. de 4 de mayo), que concluyó con el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 18 de septiembre de 2006, ya que en la terna propuesta por la Comisión de Calificación, en

su sesión de 14 de septiembre de 2006, figuraban los Magistrados Cubero Romero, Orellana Cano y Vioolés Piñol, siendo excluido el actual recurrente.

Segundo.- Considero que la decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de anular por segunda vez el nombramiento de la Magistrado del Tribunal Supremo D^a Rosa María Vioolés Piñol, basado en la apreciación de la insuficiente motivación del Informe de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial de 25 de enero de 2008, contradice lo resuelto por el Pleno de esta Sala jurisdiccional en el Auto de 25 de febrero de 2009, que resolvió el incidente de ejecución de sentencia en el recurso contencioso-administrativo 407/2006, y declaró que no ha lugar a la nulidad del Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero, al entender que el Informe de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial de 25 de enero de 2008 -enjuiciado también en sede del presente recurso contencioso-administrativo-, cumplió, desde la perspectiva de la motivación, las exigencias establecidas en los fundamentos jurídicos octavo y noveno de la sentencia de la Sala de 27 de noviembre de 2007, y rechazó expresamente que, para dar cumplimiento a la mentada sentencia, el Informe debería “haber enunciado los méritos de todos y cada uno de los aspirantes a las plazas en litigio” y, en consecuencia, quebranta el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, que se reconoce en los artículos 14 y 24 de la Constitución, ya que resulta incongruente que un mismo órgano jurisdiccional competente para resolver las presentes actuaciones estime que los actos de la Comisión de Calificación y del Pleno del Consejo General del Poder Judicial son, en el caso que examinamos, conformes y disconformes a Derecho.

Tercero.- Debo manifestar mi discrepancia con la expansión del control jurisdiccional de los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial en materia de propuesta de designación de Magistrados del Tribunal Supremo, que se propugna en esta sentencia, en cuanto que considero que se incurre en exceso de jurisdicción cuando se desconoce la función institucional del Consejo General del Poder Judicial ex artículo 122 de la Constitución, que desarrolla en el ámbito de gobierno del Poder Judicial, que se encuentra sometido en su actuación a la Ley y al Derecho, y se desborda inadecuadamente los límites del control que corresponde al Tribunal Supremo, ex artículos 1106, 117 y 123 de la Constitución, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no nos compete, al amparo del pronuncia-

miento de una sentencia pedagógica o admonitoria, determinar, completar, corregir o suplir la actividad de configuración normativa del legislador orgánico, respecto de las disposiciones regulatorias que rigen las convocatorias de promoción de Magistrados a la Categoría de Magistrados del Tribunal Supremo, ni innovar a su arbitrio el ejercicio de la potestad reglamentaria que en este ámbito corresponde al Consejo General del Poder Judicial, ni disciplinar, suplantarse o sustituir al Consejo General del Poder Judicial interfiriendo en el proceso de formación de su voluntad individual o colectiva determinando directa o indirectamente el contenido discrecional de los actos anulados.

A estos efectos, debo recordar que ya, en el voto particular emitido a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 (RC 407/2006), sostuve:

“Primero.- El Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de mayo de 2006 (R 309/2004) expresó directrices jurisprudenciales sustanciales sobre la comprensión del deber del Consejo General del Poder Judicial de motivar sus acuerdos, según dispone el artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la cobertura de cargos de la carrera judicial de naturaleza discrecional, en cuyo ejercicio dicho órgano constitucional dispone, según se afirmaba, de una “amplia libertad de apreciación”, que le autoriza a hacer “valoraciones de conveniencia institucional”, al no equipararse su función a la que desempeñaría una “Comisión calificadora de automática y objetivada computación de méritos”, debido a la posición institucional que ostenta de gobierno del poder judicial, sin que puedan aceptarse, sin embargo, “como jurídicamente correctos aquellos nombramientos que reflejen exclusivamente “el favorecimiento de algunos jueces”, entendido el término en el sentido de hacerlo gratuitamente, sin conexión con la finalidad de un correcto entendimiento de la independencia de todos y cada uno de los titulares del Poder Judicial del Estado y prescindiendo de sus específicas aptitudes, méritos y capacidades en el desempeño de la función judicial”.

En este mismo sentido, en el voto particular concurrente que formulamos en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006 (R 117/2005), expusimos: “Los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial deben ser siempre motivados, según dispone el artículo 137.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pero, cuando se trate de nombramientos de carácter discrecional, el deber de cumplimiento material del requisito de la motiva-

ción se revela más intenso y exigente, para asegurar el respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad reconocidos y garantizados por los artículos 14, 23.2 y 104 de la Constitución, plenamente aplicables en el ámbito de la promoción profesional de los miembros del Poder Judicial, en razón de las especiales y singulares características de los puestos a desempeñar que atañen al ejercicio de la función constitucional de impartir justicia en el marco de un sistema de administración de justicia responsable, eficiente y de calidad, con la finalidad de que los candidatos puedan conocer efectivamente las razones de la designación y de facilitar plenamente el control jurisdiccional y poder sancionar, en su caso, los actos arbitrarios”.

Debemos añadir a estas consideraciones jurídicas que la posición institucional preeminente del poder judicial en la vertebración y desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, que se desprende de los artículos 1 y 117 de la Constitución Española, por contribuir a la implementación del valor de la justicia en la resolución de los conflictos que se le encomienda y por ser la institución garante con carácter ordinario de los derechos y libertades, se proyecta sobre las decisiones del Consejo General del Poder Judicial adoptadas en aplicación del régimen jurídico de promoción profesional de jueces y magistrados, al exigirle concretamente que, en el ejercicio de la potestad discrecional de designación de Magistrados del Tribunal Supremo, que le atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial, no atienda a otros criterios que aquellos que favorezcan y refuerzan la independencia e imparcialidad del poder judicial, con el fin de que los ciudadanos mantengan su confianza en la Administración de Justicia, que constituye el fundamento de su legitimación en una sociedad democrática. Por tanto, en relación con los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial en materia de propuestas de nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, a que se refiere el artículo 127.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción debida a la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, creo oportuno significar que el Consejo General del Poder Judicial, que se subroga en la posición institucional que en otros sistemas constitucionales corresponde al Presidente o al Jefe del Estado, al Congreso o al Senado, o a Comisiones Mixtas de carácter parlamentario, ejerce una función de carácter institucional de gobierno del Poder Judicial, no calificable de mera administración del estatuto de jueces y magistrados, por afectar la designación a la composición del órgano jurisdiccional superior del Estado, al que la Constitución reserva específicamente una disposición (artículo 123 CE), atribuyéndole la función de interpretación uniforme del ordenamiento jurídico, encontrándose vinculado, en

consecuencia, ex Constitucione, a proponer a magistrados o juristas de “reconocida competencia profesional”, en armonía con lo dispuesto en el artículo 159.2 CE, que reúnan las condiciones de cualificación e idoneidad precisas para el mas adecuado desempeño de las funciones jurisdiccionales.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se enfatiza la intención del legislador de que sean designados Magistrados del Tribunal Supremo aquellos magistrados o juristas que reúnan condiciones sobresalientes de mérito y capacidad y que conciten una mayoría reforzada, si no la unanimidad, de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, en estos términos: “En este sentido se pretende fortalecer el mérito y la capacidad como las razones esenciales del nombramiento y acceso al Tribunal Supremo y a las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, evitando la aplicación de un sistema de mayorías que no contribuye a crear una justicia de calidad, pues perjudica su imagen, puede enturbiar la independencia y comprometer el diseño constitucional sobre la posición del Tribunal Supremo.

Precisamente esta posición del Tribunal Supremo se vería dignificada si al nombramiento de sus Magistrados se aplicara la fórmula del consenso, como medio idóneo para la adopción de acuerdos por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que es un órgano integrado en virtud del principio de pluralidad. A tal fin, el incremento de la mayoría necesaria del Pleno para realizar la propuesta de nombramiento de Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, por un lado, y Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, por otro, equiparándose a la que resulta exigible para nombrar a los Magistrados del Tribunal Constitucional, pretende fomentar la adopción de acuerdos por una amplia mayoría superior incluso a la legalmente exigida, estimulando así una tendencia hacia la unanimidad. En este sentido, el incremento de la mayoría a tres quintos -computada sobre la totalidad de los veintiún miembros que componen el Pleno al margen de coyunturales o definitivas ausencias o ceses- evitará la tentación, ahora y en el futuro, de decidir tan importantes nombramientos conforme al criterio de una mayoría estable concreta pero institucionalmente insuficiente, sustituyendo esta práctica por el diálogo y el consenso permanente”.

La especial cualificación de los magistrados propuestos para acceder a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo se reconoce expresamente en el fundamento jurídico quinto de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de

mayo de 2006 (R 309/2004), en el que se refiere que debido a la “especialísima relevancia” que supone alcanzar la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, “los méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo habrán de ser en términos casi absolutos de solvencia y excelencia en ejercicio de la estricta función jurisdiccional”.

Por ello, considero que, conforme a estas directrices jurisdiccionales emanadas del propio Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial de propuesta de designación de Magistrados del Tribunal Supremo deben ser adoptados respetando rigurosamente las reglas del procedimiento, entre las que se incluyen, además de la publicidad, la predeterminación clara y precisa de las condiciones para acceder a ser designado a una función de responsabilidad en el órgano jurisdiccional superior de los órdenes jurisdiccionales, con el fin de asegurar a todos los candidatos aspirantes igualdad de trato y seguridad jurídica.

Estimo adecuado reiterar que la provisión de plazas de Magistrado del Tribunal Supremo por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial debe respetar, asimismo, los principios de objetividad y transparencia, porque en las propuestas de dichos nombramientos, caracterizados de libre designación, el Consejo ostenta un amplio margen de apreciación en la valoración de las capacidades y actividades profesionales de los miembros de la carrera judicial candidatos, cuya expectativa de ser nombrados está cubierta por la garantía constitucional del artículo 23.2 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad en el acceso, y por ende en la promoción, a las funciones y cargos públicos con los requisitos que establezcan las leyes.

Y, a mi juicio, según manifesté en la redacción del voto particular mencionado, el Consejo General del Poder Judicial, en el ejercicio de su función constitucional de nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo, que se infiere de las atribuciones establecidas en el artículo 122 de la Constitución, está sometido a valores y principios constitucionales conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución, por lo que debe, en orden a observar los parámetros de legalidad constitucional, motivar los nombramientos de libre designación desde la perspectiva de género, con el objeto de asegurar que en la provisión de estos cargos de responsabilidad no se produzcan situaciones en que una práctica aparentemente neutra sitúe a las candidatas aspirantes en desventaja particular con respecto a los candidatos.

Estas consideraciones jurídicas justifican, como ya expuse en el re-

ferido voto particular, que el Informe de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial, a que alude el artículo 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según declaramos en la sentencia del Pleno de esta Sala de 29 de mayo de 2006 (R 309/2004), debe ser razonado, expresando la valoración de las circunstancias individuales profesionales concurrentes en los candidatos aspirantes, de modo que la propuesta sea coherente con los criterios que han orientado la selección.

Sin embargo, estimo que las exigencias que se exponen en el fundamento jurídico noveno de la sentencia del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 de noviembre de 2007, respecto del contenido “mínimo” e “inexcusable” del Informe de la Comisión de Calificación de incluir la descripción de las fuentes de información utilizadas para indagar los méritos de los aspirantes, la consignación de los específicos criterios de mérito y capacidad que han sido considerados preferentes para elaborar la relación de candidatos y el señalamiento de las concretas actividades judiciales y extrajudiciales tenidas en cuenta, aunque destaquen por su pretensión de racionalidad y objetividad, obliga a introducir en la motivación de los Informes un conjunto de elementos reglados, de efecto equivalente a la confección de un baremo, que desnaturaliza, por su alcance y contenido, el carácter discrecional de la potestad que se ejerce en este ámbito de propuestas de designación por el Consejo General del Poder Judicial, que contradice los principios de publicidad y de seguridad jurídica, que exige que, en su caso, estén previamente predeterminados en el Acuerdo de convocatoria de cobertura de las plazas.

Cabe, asimismo, referir que la propuesta de la Comisión de Calificación en los términos exigidos, no tiene la extensión motivadora que se deduce, porque no compromete la decisión del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, ya que el Informe de la Comisión de Calificación constituye un acto preparatorio que no condiciona la voluntad de los miembros del referido Pleno, en ejercicio de la competencia atribuida de proponer los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo.

El sistema de evaluación-calificación de los méritos y capacidades de los aspirantes a ser propuestos Magistrados del Tribunal Supremo, que establece la sentencia de la que discrepo, pugna con la lógica del modelo de organización y funcionamiento del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en el que todos sus miembros gozan de plena libertad de voto para propugnar el nombramiento del candidato que consideren más idóneo, y no están sometidos al deber de mantener invariablemente el sentido de su voto, en relación con la terna, como se aprecia en el desarrollo de la

reunión celebrada por el Consejo General del Poder Judicial el 18 de octubre de 2006, con el objeto de debatir las candidaturas, en que los magistrados que fueron finalmente propuestos obtuvieron la adhesión de miembros del Consejo que en un principio, en el transcurso de la primera, segunda y tercera votación, no los consideraban idóneos para cubrir dichas plazas en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al inclinar sus preferencias por otros candidatos.

Segundo.- La proyección de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2006, sobre el canon de motivación exigible a los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial en materia de propuestas de nombramiento de magistrados para acceder a plazas o cargos de especial responsabilidad, al caso examinado en el presente recurso contencioso-administrativo, permite apreciar que los informes de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial de 14 de septiembre de 2006, emitidos en relación con la aptitud de los seis candidatos propuestos para proveer las dos plazas de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, correspondientes al turno de especialistas o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo, contienen la descripción del historial profesional de los candidatos propuestos en las ternas y una valoración circunstanciada de sus méritos y de su trayectoria profesional, que se revelan conformes a los requisitos formales dispuestos en los artículos 135 y 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y suficientes para que el Pleno del Consejo pueda formar adecuadamente su convicción sobre las capacidades y aptitudes profesionales relevantes de dichos candidatos.

En contraste con el Informe enjuiciado en el recurso contencioso-administrativo 309/2004 precedente, los informes de la Comisión de Calificación examinados en este recurso no pueden ser tachados de inconcretos o de genéricos, ni de que incurran en el vicio procedimental de adolecer de una motivación aparente y discriminatoria, que denunciaba la parte demandante, y que, según el voto mayoritario de la Sala, es determinante de la declaración de anulación de los Reales Decretos 1263/2006 y 1264/2006 impugnados.

A estos efectos, no resulta ocioso recordar la regulación del procedimiento al que se encuentra vinculado la Comisión de Calificación en la formulación de las propuestas de nombramientos de competencia del Pleno y los criterios en que ha de fundar su informe, según se establece en los artículos 73 y 74 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial: "Artículo 74.

En los nombramientos de la competencia del Pleno, la Comisión, producida la vacante, procederá a elaborar una relación de al menos tres candidatos para el cargo de que se trate, entre los cuales podrán figurar quienes, reuniendo los requisitos legalmente establecidos, no hubieren formulado solicitud, siempre que se haya recabado y obtenido su aceptación.

Esta relación se distribuirá a todos los miembros del Consejo en unión de la lista de peticionarios de la plaza. Dentro de los cuatro días siguientes, cada miembro del Consejo podrá proponer otros candidatos, comunicándolo a la Comisión, que los incluirá en la relación, tras de lo cual se le dará curso para su inclusión en el orden del día de un próximo Pleno, en el que la Comisión informará de las circunstancias que concurran en los candidatos incluidos inicialmente en la relación o ulteriormente adicionados.

En todo caso se comunicará a todos los Vocales la producción de la vacante".

"Artículo 73. Para la adecuada formación de los criterios de calificación de los Jueces y Magistrados, además de atenderse a lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, la Comisión tendrá en cuenta asimismo los datos que sobre la laboriosidad, capacidades y formación técnica de los Jueces y Magistrados resulten de la actividad inspectora del Consejo, que serán anotados en los respectivos expedientes".

Por su parte, cabe referir que el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta aplicable en relación con los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Y el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, expresa un criterio específico sobre la exigencia de motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, al disponer que "se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen su convocatoria, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte".

De esta prescripción procedimental específica, que integra en deter-

minados supuestos la exigencia de motivación contenida en el artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se infiere que no estableciéndose en el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 18 de abril de 2006, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de mayo de 2006, por el que se anuncia para su cobertura las plazas de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ninguna disposición o anexo sobre criterios de evaluación o calificación de los méritos de los peticionarios, al poner en conocimiento de los aspirantes "que podrán acompañar a su instancia relación circunstanciada de méritos, publicaciones, títulos académicos o profesionales y cuantos otros datos estimen de interés, relativos a su actividad profesional", la Comisión de Calificación y el Pleno del Consejo General del Poder Judicial se encuentran vinculados por imperativo del principio de seguridad jurídica a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, interpretados conforme a las directrices emanadas de este Tribunal Supremo que conforman el parámetro jurídico para enjuiciar la legalidad de los Reales Decretos impugnados en este recurso contencioso-administrativo.

El motivo de nulidad basado en el déficit o vicio de motivación, que se sustenta por la defensa letrada de la parte demandante en el argumento de que el Acuerdo del Pleno contiene una "motivación formularia o aparente", constitutiva de agravio comparativo, resulta infundado, en cuanto que no se acredita que los méritos profesionales que la Comisión de Calificación y el Pleno apreciaron en los candidatos propuestos, suponga desconocer los méritos acreditados por el magistrado recurrente, que reuniría las aptitudes suficientes para ser incluido en la terna "por su veteranía y cualificación", -prestación de servicios durante 35 años en la Administración de Justicia, ocupar un elevado número en el escalafón de la Carrera judicial y desempeñar el cargo de Presidente de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia-, según aduce.

Por ello, debe significarse que la falta de recibimiento del recurso contencioso-administrativo a prueba, que había solicitado la parte demandante en el escrito de demanda, con el objeto de acreditar los elementos de hecho que resulten negados o contradictorios, "especialmente sobre la motivación viciada de los acuerdos, la desviación de poder y la preferencia femenina en la confección de la terna", impide al Tribunal sentenciador formar su convicción sobre si la Comisión de Calificación y el Pleno del Consejo General del Poder Judicial han incurrido en un manifiesto error de apreciación en la evaluación de las candidaturas y en la

proposición de los magistrados que deben ser designados para cubrir las vacantes en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que sea constitutivo de arbitrariedad por ausencia de toda justificación de la decisión adoptada, o por no reunir los magistrados designados las capacidades exigidas en los artículos 326, 343 y 344 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a que aluden los Acuerdos de la Comisión Permanente de 18 de abril de 2006, de convocatoria de cobertura de dichas plazas.

En consecuencia, en congruencia con los razonamientos jurídicos expuestos, el motivo de nulidad deducido por la parte demandante por "falta de déficit o vicio de motivación" debería haber sido desestimado, al no haber eludido la Comisión de Calificación ni el Pleno del Consejo General del Poder Judicial las directrices sobre motivación establecidas en la sentencia del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 (R 309/2004), ni haber incumplido las reglas procedimentales rectoras del proceso de designación, ni las exigencias de motivación, porque la propuesta de terna de candidatos formulada por la Comisión de Calificación se completa con el Informe sobre la aptitud de los candidatos propuestos, que ha tomado en consideración los méritos alegados por los solicitantes, a la vista de los expedientes personales de cada magistrado obrantes en el Consejo, así como las observaciones del Servicio de Inspección, y comprobarse que se expresan las razones que justifican la decisión de propuesta para el nombramiento de Magistrados de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y no haberse acreditado, desde la perspectiva de su contenido material, que dichos órganos de Gobierno del Poder Judicial hubieran incurrido en desviación de poder o en arbitrariedad. Tercero.- Procede, en último término, recordar los límites que se desprenden de los artículos 106 y 117 de la Constitución, en relación con el control de legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales Contencioso-Administrativos, en orden a la fiscalización de los actos discrecionales de las Administraciones Públicas, en los que cabe integrar, a estos efectos, los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, en cuanto órgano constitucional que esta sometido a la Ley y al Derecho.

Conforme se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional, los tribunales contencioso-administrativos no pueden en el ejercicio de la potestad de control de los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial sustituir el ámbito de discrecionalidad que constitucionalmente corresponde a dicho órgano de gobierno del Poder Judicial, ni puede invadir sus potestades reglamentarias, mediante la determinación del contenido normativo de las disposiciones enjuiciadas emanadas de dicho órga-

no, al debe ceñirse en su actividad jurisdiccional a verificar si ha respetado el principio de juridicidad.

En este sentido, el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, prescribe que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de las que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Por ello, debemos indicar que al legislador orgánico le corresponde, en virtud del principio de reserva de Ley que la Constitución establece en el artículo 123, en materia de regulación del estatuto jurídico de jueces y magistrados, y, en su caso, al Consejo General del Poder Judicial, conforme al principio de reserva reglamentaria limitada que la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en favor de dicho órgano, establecer la regulación de la determinación de los méritos y capacidades que deben tomarse en consideración para acceder a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, que se encuentra sometida a límites infranqueables positivos, por deber responder exclusivamente a la idoneidad profesional de los candidatos, y negativos, al proscribirse que se introduzcan criterios en términos concretos o individualizados.

Ello impide que los tribunales contencioso-administrativos puedan suplantar las funciones normativas que competen al legislador o al titular de la potestad reglamentaria en materias concernientes al estatuto jurídico de jueces y magistrados, corrigiendo o completando aquellas omisiones o deficiencias de las normas aplicables, aunque se revelen necesarias para salvaguardar valores o principios constitucionales, que excedan de la función de interpretación e integración del ordenamiento jurídico.

Considero, en este sentido, que la sentencia se revela un instrumento inadecuado para ofrecer una regulación del procedimiento de promoción de Magistrados a la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo, que complete o desarrolle las determinaciones del legislador orgánico o aquellas establecidas en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.

Cabe recordar, en último término, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, promueve, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 86/2004, de 16 de mayo y 219/2004, de 29 de noviembre), que no queden excluidos del control judicial las actuaciones

de los órganos administrativos calificadores de procedimientos selectivos en orden a fiscalizar si han respetado en su actuación el principio de legalidad, por lo que cabe considerar denegación de justicia si el órgano judicial “da por buena sin más la decisión administrativa, sin realizar el control exigible”, aunque le esté vetado sustituir los criterios de valoración establecidos en las bases de la convocatoria, salvo en casos excepcionales, en que quepa acordar su nulidad, ni revisar las valoraciones que por su carácter técnico especializado correspondan al órgano administrativo; doctrina que resulta aplicable, con las modulaciones expuestas, en el ámbito de control de los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial impugnados en el marco de este recurso contencioso-administrativo.”.

La proyección de los criterios jurídicos expuestos debió haber determinado la desestimación íntegra del recurso contencioso-administrativo número 372/2008, promovido por la representación procesal de D. José Luis, pues, en el supuesto que enjuicamos, carece de fundamento que se haya acreditado que la actuación de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial, al emitir el Informe de 25 de enero de 2008, obedezca a un ejercicio desviado, arbitrario y discriminatorio de las facultades que le confiere el artículo 74 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, en la redacción aplicable *ratione temporis*, ya que la decisión de inclusión en la terna de D^a Rosa María Virolés Piñol, y de exclusión de otros aspirantes, se debe al reconocimiento de que la Magistrado que fue finalmente designada reúne los méritos suficientes y la cualificación requerida para ser promovida a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, debido a la concurrencia de datos objetivos explicitados en dicha propuesta, consistentes en el reconocimiento adquirido en el ejercicio de su actividad jurisdiccional como Magistrado especialista del orden jurisdiccional social en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que se evidencia por la calidad “sobradamente” contrastada de las resoluciones judiciales aportadas, y a su formación específica en Derecho del Trabajo, que ha sido complementada con el ejercicio de la docencia ininterrumpidamente durante 22 años, de modo que se lesiona el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos “con los requisitos que señalen las leyes”, que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución, cuando se procede a anular el nombramiento controvertido, en la apreciación indicaría de una supuesta defectuosa valoración del trabajo jurisdiccional y por la falta de claridad y precisión de los criterios utilizados por la Comisión de Calificación para determinar la preferencia selectiva entre los diversos candidatos peticionarios, sin

basarlo en una patente errónea o incongruente calificación de la solvencia y excelencia profesional de los aspirantes propuestos, o en la existencia de un vicio sustantivo de ilegalidad.

Madrid, a 23 de noviembre de 2009.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Pedro José Yagüe Gil, D. Segundo Menéndez Pérez, D. Emilio Frías Ponce, D. Manuel Martín Timón, D. Ángel Aguillo Avilés y D^a María Del Pilar Teso Gamella, como expresión de respetuosa discrepancia con la sentencia pronunciada por el pleno de la sala en fecha 23 de noviembre de 2009, recaída en el recurso núm. 372/2008.

Las razones por las que disiento del criterio mayoritario y considero, por el contrario, que el recurso contencioso-administrativo debió desestimarse, confirmando, por ajustarse a Derecho el Real Decreto 212/2008, de 8 de febrero, por el que se promovía a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a D^a Rosa María Virolés Piñol son las que a continuación se expresan.

1. La ratio decidendi de la sentencia se expresa, realmente, en sus fundamentos jurídicos décimo y undécimo.

A.- Después de recordar, conforme a la sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2007, que “es en el informe de la Comisión de Calificación donde se han de cumplir las exigencias sustantivas y formales necesarias para dotar a la decisión que adopte el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), cuando de nombramientos como el que se discute se trata, de la motivación imprescindible” (fund. jur. octavo), y de reconocer que en el informe examinado se identifican las fuentes de información utilizadas (fund. jur. noveno), considera, sin embargo, inaceptable “la igual valoración que hace la Comisión de Calificación de los méritos relacionados de todos los aspirantes. Su invalidez resulta de la falta de explicación de las razones por las que se ha llegado a esa conclusión, ya que no pueden admitirse las que ofrece el informe (...)”. En definitiva entiende que “la decisión del Consejo General del Poder Judicial de nombrar a la Sra. Virolés Piñol no cuenta con la motivación necesaria. Y ello porque “la motivación” y “fundamentación” son, en realidad, una exigencia derivada del artículo 120 CE; y ni se indican qué sentencias de las presentadas por los aspirantes incluidos en la terna han parecido más significativas, ni tampoco se señalan con “niti-

dez” el criterio determinativo de la competencia, cuando el jurisdiccional es mérito preponderante en los nombramientos de cargos jurisdiccionales y, en especial, para las plazas de Magistrado del Tribunal Supremo a proveer entre magistrados.

B.- El fallo estimatorio parcial de la sentencia no parece contradictorio, en la tesis de la mayoría, con la decisión alcanzada en el auto de la Sección Séptima de 25 de febrero de 2009, dictada en incidente de ejecución de la sentencia de 27 de noviembre de 2007. Y para justificar tal afirmación se pone de manifiesto que “lo decidido” en aquella sentencia nada tiene que ver con la calidad de las resoluciones redactadas por los magistrados aspirantes a la plaza, y “ha sido en este pleito donde se ha suscitado por primera vez el problema de cómo ha de valorarse el trabajo jurisdiccional realizado por los magistrados que aspiran a la plaza (...)”. Este problema se considera ausente en el recurso 704/2006 “pues en él se discutió sobre qué elementos debía incluir la necesaria motivación de estos actos del Consejo General del Poder Judicial para que fuera claramente visible el camino seguido en la formación de la voluntad. Sin embargo, en este caso se ha resuelto algo diferente: la suficiencia de los parámetros utilizados para apreciar, a partir de los méritos de los componentes de la terna, la superioridad profesional que les hace acreedor de la preferencia que se le ha reconocido frente a los demás peticionarios”.

2. En mi opinión, por el contrario, el nombramiento efectuado, conforme al resultado de la votación del Pleno del CGPJ, de fecha 30 de enero de 2008, por el Real Decreto objeto de impugnación, es especialmente acorde con la fundamentación y fallo de la sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2007, en cuyo cumplimiento y ejecución se adopta y, además, resulta suficientemente motivado, según los parámetros de la jurisprudencia de la Sala.

A.- El auto de la Sala de 25 de febrero de 2009 se dicta en incidente de ejecución de la referida sentencia, en el que solicitaba de la Sala que “tras el examen del informe de la Comisión de Calificación y de las actuaciones del Pleno, decretar (que se decreta) la nulidad de los segundos nombramientos que, como es sabido, han recaído en las mismas personas solicitantes”. Y la decisión de la Sala, expresada en la parte dispositiva, fue: “no ha lugar a la nulidad de nombramientos que, como incidente de ejecución de la sentencia dictada en las presentes actuaciones, ha sido solicitada (...)”.

Por tanto, se han pronunciado por la misma Sala, primero, un auto, que entiende que el nombramiento cuestionado de la Sra. Virolés Piñol, como Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, es plenamente ajustado a la sentencia de la Sala

de 27 de noviembre de 2007, en ejecución de la cual se adopta por el CGPJ, y, luego, una sentencia que anula ese mismo nombramiento por no ajustarse a Derecho.

En mi opinión, debe reconocerse que la situación creada por las sucesivas decisiones descritas es, cuanto menos, excepcional: un nombramiento que ejecuta una sentencia de la Sala, ajustándose plenamente a sus fundamentos y fallo, que, sin embargo, no es conforme al ordenamiento jurídico, porque no cumple adecuadamente con la exigencia de motivación.

Puede que no sea imposible salvar la referida contradicción, aunque, desde luego, es preciso una explicación suficiente para justificar tal excepcionalidad, considerando, además, que el proceso en que se dictó la sentencia que se ejecuta con el acuerdo del que se trata es un proceso ordinario, de plena revisión de la legalidad aplicable, sin restricción alguna de conocimiento (art. 70 LJCA) y que, asimismo, el incidente de ejecución es coextenso con la propia sentencia a la que el acuerdo del CGPJ da cumplimiento (art. 109).

Reconozco la posibilidad de la excepcionalidad mencionada, en la que el incidente de ejecución de sentencia no constituye una alternativa plena al planteamiento de un nuevo recurso contencioso-administrativo contra el acto o acuerdo dictado en ejecución. Así ocurre cuando, a pesar de las posibilidades objetivas de control pleno de la actuación impugnada, que proporciona el recurso contencioso-administrativo en que se dicta la primera sentencia, el debate procesal queda limitado, bien por el planteamiento de las partes, sin que el Tribunal suscite la oportuna tesis (art. 33 LJCA), o bien porque el propio Tribunal aprecie un motivo suficiente para la anulación de la actuación, objeto de la pretensión formulada, que le exima de examinar otros motivos de posible ilegalidad que quedan así imprejuizados.

Pues bien, la tesis de la mayoría parece referirse a tal eventualidad, cuando afirma que no existe "tal contradicción" porque la sentencia a que se refiere el auto no decide "nada que tenía que ver con la calidad de las resoluciones redactadas por los magistrados aspirantes a la plaza cuya provisión se anunció entre especialistas en el orden social, ni con la definición del criterio con arreglo al cual se iba a establecer la preferencia entre los solicitantes (...) Ha sido en este pleito donde se ha suscitado por primera vez el problema de cómo ha de valorarse el trabajo jurisdiccional realizado por los magistrados que aspiran a la plaza para apreciar en los incluidos en la terna y en el finamente (finalmente) nombrado el mayor mérito frente a los demás que ha de decidir el nombramiento. Sin embargo, también, en

este aspecto disiento respetuosamente del razonamiento que constituye uno de los dos pilares básicos que motivan el fallo.

En efecto, la sentencia de 27 de noviembre de 2007 (fund. jurídico octavo, dos últimos párrafos) alude a la valoración concreta de la actividad jurisdiccional y a su individualización con respecto a las "personas nombradas". Diferencia dicha sentencia las exigencias de carácter material y formal que constituyen los límites al ejercicio de la potestad de nombramiento del CGPJ en los siguientes términos literales: "La exigencia sustantiva consiste en la obligación que tiene el Consejo General del Poder Judicial, a la vista de las singulares plazas convocadas y los concretos aspirantes que participan en la convocatoria, de identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento; y en el concreto caso de plazas de Magistrado del Tribunal Supremo reservada a los turnos de la carrera judicial, como es el presente, tiene la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables. La exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuales podrían ser esos méritos en el conjunto de aspirantes; la de asegurar que el criterio seleccionado de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado recatadamente el principio constitucional de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento" (el subrayado es mío).

Y es el propio auto, de fecha 25 de febrero de 2009, que considera ajustado a la sentencia el acuerdo examinado de nombramiento de la Sra. Virolés Piñol, dictado en ejecución, el que específicamente declara, como no podía ser menos: "El estudio de esa cuestión que es suscitada exige partir de lo que la sentencia dictada razonó, no sólo en su fundamento jurídico noveno, referido al contenido del Informe que debe ser emitido por la Comisión de Calificación, sino también en el anterior octavo, por ser éste el que marca las directrices que deben presidir el deber de motivación del Consejo. Así debe hacerse porque ese Informe constituye en definitiva un instrumento para formalizar ese requisito de motivación que, como se razona a lo largo de toda la sentencia, es el que encarna el verdadero elemento de validez de los nombramientos.

Pues bien, la lectura de esos dos fundamentos de la sentencia permite diferencias claramente los dos aspectos en los que se refiere a la obligada motivación.

Por una parte, está el sustantivo, referido a la identificación del criterio de mérito elegido como prioritario para decidir el nombramiento y a la relevancia que a estos efectos se ha dado al ejercicio jurisdiccional.

Y, por otra, está el aspecto formal, que está referido a la expresión del camino que el Consejo ha seguido para identificar el mérito prioritario y, a su vez, se desglosa, en estas tres exigencias: expresar las fuentes de información que hayan sido utilizadas; asegurar que esas fuentes de información, cuando estén referidas a méritos jurisdiccionales, han sido seleccionadas con observancia del principio de igualdad; y expresar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para su nombramiento" (el subrayado es mío).

Por consiguiente, la decisión del auto, en mi opinión, no es solo sobre si era o no necesario incluir expresamente en el Informe los méritos alegados por los aspirantes no incluidos en la propuesta y sobre "el camino a seguir" para el nombramientos, sino que se proyecta sobre todos los elementos materiales y formales establecidos en la sentencia para la validez de los nombramientos, incluidos los méritos jurisdiccionales y su individualización. Y, además, tales parámetros los proyecta, en concreto sobre la Sra. Virolés Piñol señalando que los se resalta (en el acuerdo de nombramiento, que ahora la sentencia considera contrario a Derecho) "es la motivación y calidad apreciada en las resoluciones aportadas y el informe elevado por la Presidenta del Tribunal Superior de Justicia; la complejidad de las materias abordadas en la Sala de Cataluña; su amplia experiencia en el estudio y práctica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (...)".

Siento, por tanto, no alcanzar a comprender como se dice que el nombramiento se ajusta a la Sentencia por cumplir las exigencias de motivación que señala, entre las que figura la prevalencia del mérito jurisdiccional proyectado en la nombrada, por la motivación y calidad de sus resoluciones y la complejidad de las materias abordadas, y luego el fallo de la presente sentencia se fundamenta precisamente en la ausencia de la consideración de dicho mérito jurisdiccional o en su falta de individualización. Dicho en otros términos, al menos el efecto positivo de la cosa juzgada (sentencia más auto dictado en su ejecución) debió tener por decidido ambos aspectos sustantivos de la necesaria motivación del acuerdo.

B.- En mi opinión, aunque la motivación sobre el mérito jurisdiccional y su individualización no hubiera sido ya objeto de decisión y de valoración positiva en resolución de la Sala, esto es que no se hubiera dictado el auto de 25 de febrero de 2009 y se examinara por primera vez el acuerdo del CGPJ impugnado en este recurso, tampoco podría entenderse que no cumple con las exigencias, materiales y formales, de motivación establecidas por la doctrina de este Alto Tribunal para los nombramientos de Magistrado del Tribunal Supremo.

Una jurisprudencia que ha sido calificada de transición o evolutiva ha reconocido al CGPJ una amplísima libertad para ejercer la potestad que constitucional y legalmente atribuida tiene atribuida en orden a los nombramientos de cargos judiciales.

Por consiguiente, se descarta que esta Sala pueda sustituirlo en los elementos básicos del núcleo material de decisión que sólo a dicho Consejo corresponde.

En una evolución progresiva de su doctrina esta Sala, ha establecido, sin embargo, unos criterios y exigencias, primero solo formales y, luego, también, materiales que deben ser respetados para el adecuado cumplimiento de la referida función, cuyo ejercicio, en modo alguno, puede traducirse en la manifestación de un puro voluntarismo, constitutivo de arbitrariedad, y alejado de los postulados y los fines contemplados en la propia Constitución; en particular del mérito y la capacidad para el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

En el estado actual de la jurisprudencia, las exigencias y requisitos que el CGPJ debe respetar son los que han que quedaron reflejados en la reiterada sentencia de 27 de noviembre de 2007, sin que, en nuestro criterio, puedan darse nuevos pasos en el "camino" de control jurisdiccional iniciado, al menos en cuanto se refiere a la motivación.

El alcance de la necesaria motivación de los acuerdos del CGPJ (art. 137.5 LOPJ) no puede ignorar la naturaleza constitucional o de relevancia constitucional con que aparece configurada en nuestro Derecho este órgano de gobierno del Poder judicial, de composición colegiada que adopta sus decisiones sobre nombramientos por mayoría simple o cualificada adoptada en votación secreta (art. 43, párrafo primero, del Reglamento de Funcionamiento y Organización del CGPJ).

Por consiguiente, la causa próxima de cada nombramiento será el haber alcanzado la mayoría en cada caso requerida. Y la doctrina de esta Sala, en una encomiable aportación que comparto, para excluir la arbitrariedad mediante el único control jurisdiccional posible, ha considerado

que es el informe de la Comisión de Calificación el trámite nuclear para proporcionar los datos necesarios para el enjuiciamiento de la motivación del nombramiento (Cfr. SSTS de 29 de mayo de 2006 y 27 de noviembre de 2007).

Las únicas exigencias materiales y formales de la motivación de dicho Informe son los que han quedado anteriormente reflejados y que, según entiendo, han sido observadas para el nombramiento recurrido, según se desprende del Informe obrante en autos, emitido por la Comisión de Calificación del CGPJ el 25 de enero de 2008, en relación con la provisión de la plaza de Magistrado de la Sala Cuarta de este Tribunal, correspondiente al turno de especialización.

a) Contiene las fuentes de información que han sido utilizadas, como reconoce la propia mayoría (fund. No-veno): los currículum, los informes de las Salas de Gobierno de los tribunales en los que estaban destinados los solicitantes de la plaza y las resoluciones que éstos le hicieron llegar.

b) Señala las clases de méritos considerados, contemplando, en especial, los de naturaleza jurisdiccional, al referirse, con especial atención a la calidad de las resoluciones de los candidatos. Y, en fin, individualiza los méritos de los aspirantes, dentro de lo que la Comisión entiende posible por las dificultades que la valoración de los méritos jurisdiccionales presenta.

En mi opinión, cuando el Informe examinado alude a la motivación o fundamento de las sentencias no se refiere al rutinario cumplimiento de una exigencia constitucional (art. 120 CE) y legal, como entiende la mayoría, sino que resalta la singular calidad con que los candidatos y, en particular, quien resulta nombrada afrontan el mencionado requisito de las resoluciones judiciales, en procesos de singular dificultad. Entiendo que con ello se cumple con la finalidad de la motivación, dando a conocer a este órgano jurisdiccional los méritos valorados y tenidos en cuenta al orientar la votación que daría el resultado que recoge el Pleno del CGPJ. La "precisa descripción de los méritos" es un nuevo elemento que ahora se incorpora a la jurisprudencia de este Tribunal para el control de la motivación de los nombramientos del CGPJ. Pero tal exigencia, que puede suponer la rechazable sustitución en los elementos básicos del núcleo material de decisión, debe conjugarse, en todo caso, con las peculiaridades que presenta la valoración de la actuación jurisdiccional, en la que, con respeto a la independencia judicial, las opiniones particulares subjetivas no pueden ir mucho más lejos de la consideración objetiva y de conjunto de la motivación que incorporan las resoluciones judiciales adoptadas, así como de la trascendencia y complejidad de los procesos en que aquellas hayan recaído.

Por otra parte, aunque los méritos jurisdiccionales sean los preferentes, si se trata del nombramiento de los Magistrados de este Alto Tribunal, no es posible descartar, cuando éstos sean iguales o similares en los aspirantes, que, para destacar a alguno, se atiende a otros méritos también relevantes en función de la capacidad exigida para el desempeño de dicho cargo. Y esto es lo que hace, a mi entender, el Informe examinado cuando, al referirse a la tercera integrante de la terna, D^a Rosa María Virolés Piñol, señala que son hechos determinantes: "su antigüedad en el escalafón de especialista del orden jurisdiccional Social; ejercer su función satisfactoriamente en órgano colegiado cual es la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; la calidad de sus resoluciones que evidencian las resoluciones aportadas; el ejercicio de profesionales relacionadas con el derecho Laboral que compensan su menor antigüedad en el escalafón general; y finalmente su formación y preparación que resulta de las actuaciones incorporadas al expediente". D. Rafael Fernández Montalvo D. Pedro José Yagüe Gil D. Segundo Menéndez Pérez D. Emilio Frías Ponce D. Manuel Martín Timón D. Ángel Aguillo Avilés D^a María del Pilar Teso Gamella

Voto particular concurrente, que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Miguez, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso, a la sentencia de 23 de noviembre de 2009, dictada en el recurso de casación número 372/2008.

Con Absoluto respeto a todos los Magistrados de la Sala me considero obligado a formular voto particular concurrente a la sentencia mayoritaria.

PRIMERO.- Conforme como estoy con el contenido final del fallo de la sentencia mayoritaria en cuanto estima en parte el recurso contencioso interpuesto, mi discrepancia se funda en las razones últimas en que aquella justifica el fallo estimatorio en parte.

En primer lugar debo destacar que la sentencia de 27 de noviembre de 2007, que se transcribe parcialmente en el fundamento primero de la sentencia mayoritaria, establece en relación con el informe de la Comisión de Calificación que cuando se trata de proveer plazas jurisdiccionales entre magistrados: "Dicho Informe deberá contener una descripción de las fuentes de información que han sido utilizadas, en relación a todos los solicitantes (y, en su caso, en relación también al candidato que pueda ser propuesto a pesar de no haberlo solicitado inicialmente), para constatar el mérito y capacidad específicamente referido al trabajo jurisdiccional desarrollado; lo que sin duda obligará a haber examinado un

número significativo de resoluciones jurisdiccionales.

También habrá de consignar los específicos criterios de mérito y capacidad que, a la vista de la singular convocatoria de que se trate y de las circunstancias constatadas de los participantes, han sido considerados preferentes para elaborar la relación de candidatos que es elevada al Pleno.

Y por lo que en particular se refiere a los candidatos finalmente incluidos en esa relación, señalará las concretas actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que han sido tenidas en cuenta para apreciar en ellos la concurrencia en mayor medida de aquellos criterios de preferencia; y mediante su contraste con las actividades de parecida índole concurrentes en los otros aspirantes, el informe expresará también cuáles son las razones por las que se otorga prioridad o superior valor a las de los incluidos en la relación." Sin perjuicio de dejar constancia de que los posibles defectos de motivación que pudieran apreciarse en la propuesta de la Comisión de Calificación carecerían de relevancia cuando la motivación aparezca reflejada en el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, ya que este es el único titular de la competencia en la materia de nombramientos, me parece obligado significar que en dicha sentencia, al referirse tanto a las fuentes, como a los criterios de mérito y capacidad, se utiliza la expresión "han sido"; por tanto, atendido el tiempo del verbo que se utiliza, no cabe interpretar que los criterios de mérito y capacidad a considerar deben ser expresados previamente, tal y como establece la sentencia mayoritaria, en el párrafo cuarto de su fundamento octavo, al afirmar que el informe de la Comisión de Calificación debe reflejar "el criterio o criterios de mérito o capacidad profesional en virtud del cual o de los cuales se va a establecer la preferencia para adjudicar la concreta plaza convocada". La alteración del tiempo del verbo en relación con el utilizado en nuestra sentencia de 2007, al sustituir la expresión "han sido considerados preferentes" por "en virtud de los cuales se va a establecer la preferencia" en relación a los específicos criterios de mérito y capacidad, altera también, en mi opinión de manera fundamental, la exigencia establecida en la sentencia de 27 de noviembre de 2007 sin explicación suficiente.

SEGUNDO.- Mi discrepancia afecta igualmente al contenido del fundamento jurídico décimo de la sentencia mayoritaria en cuanto a la interpretación que, en su párrafo segundo, se hace de las expresiones contenidas en el informe de la Comisión de Calificación, cuando dice que: "afirmar que las sentencias cuya calidad técnica se proclama están motivadas o que son fundadas, es absolutamente insuficientemente para cumplir las exigencias de motivación.....".

Sostiene la sentencia mayoritaria que con tales expresiones no se hace otra cosa que reconocer que las resoluciones en cuestión cumple la exigencia legal que se contiene en el artículo 120 de la Constitución de manera que, afirma, no puede ser soporte de un mérito profesional el cumplimiento del esencial deber de motivar las resoluciones que lo exijan.

No comparto la interpretación que se efectúa del contenido del informe de la Comisión de Calificación en este punto. Tal interpretación no puede limitarse al análisis de una sola palabra, sino que debe atender al sentido integral que resulta del contexto. En nuestro caso se dice literalmente en aquél que: ".....todos los candidatos han presentado sentencias que cumplen sobradamente los requisitos de motivación y (añade) acreditan su conocimiento de la jurisdicción social....."

Así, D. Victoriano Cubera Romero como Presidente de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, aporta sentencias, que reflejan la calidad de dicha Sala sobre variadas materias, fundadas y motivadas.; Otro tanto hay que decir de D^a Ana María Orellana Cano integrante de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que remite una selección de las sentencias que considera más importantes de las dictadas por su Sala, en las que fue ponente, y en las que se resuelven asuntos complejos motivadamente y con calidad.

D^a Rosa María Virales presenta tres tomos de sus resoluciones que se mueven en iguales por motivos de calidad." Concluir de lo anterior que la Comisión de Calificación se limita a constatar que las sentencias aportadas por los candidatos incluidos en la terna cumplen la exigencia legal de motivación, resulta, en mi opinión y dicha sea con absoluto respeto a la tesis mayoritaria, una conclusión que no se ajusta a la realidad de los hechos. En su informe la Comisión afirma que concretó su análisis, en lo que a las resoluciones dictadas por los candidatos en su ejercicio profesional se refiere, a las aportadas por estos en el trámite abierto a tal fin en cumplimiento de lo acordado en la sentencia de 27 de noviembre de 2007; afirma también que en ellas se resuelven asuntos complejos con calidad y que dichas sentencias están fundadas y motivadas sin que sea posible establecer diferencias determinantes entre los candidatos en base a las mismas.

La expresión "fundadas y motivadas", que utiliza la Comisión de Calificación, expresa, analizada en un contexto, algo más que el simple cumplimiento del requisito legal de motivar las sentencias. Lo que hace es afirmar que las mismas son lo que en términos coloquiales se da en denominar "sentencias trabajadas", así como que contienen una argumentación jurídica de calidad.

Podrá debatirse si el discurso utilizado por la Comisión es o no bastante para cumplir el requisito de motivación en lo que al análisis y valoración de las resoluciones de los candidatos se refiere, pero sostener que lo único que se hace es afirmar que cumplen el requisito legal de motivación no me parece una conclusión que pueda compartir.

TERCERO.- Debo también mostrar mi disconformidad con la exigencia, que parece establecerse en la sentencia mayoritaria, de que en el informe de la Comisión de Calificación resulta necesario hacer constar cuales, de las presentadas por los aspirantes incluidos en la terna, han parecido más significativas y han sido vistas como decisivas para apreciar en quienes las elaboraron un superior mérito en la tarea jurisdiccional.

Tal exigencia no se desprende, en mi opinión, en la sentencia de 27 de noviembre de 2007. Es cierto que tal exigencia puede interpretarse que resulta del artículo 74.2 del Reglamento 1/86, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, en redacción de 25 de junio de 2008, publicado en el B.O.E. de 10 de julio siguiente, pero siendo la resolución recurrida anterior a dicha fecha tal exigencia no es aplicable al caso de autos.

En este punto me parece importante resaltar que no es condición inexcusable establecer una valoración que otorgue preferencia a un candidato sobre los otros, sino que es perfectamente posible concluir que del análisis de las resoluciones examinadas no cabe apreciar una diferencia de calidad entre ellas, ni resulta tampoco necesario establecer los parámetros que se han tomado en consideración para efectuar la valoración, tal exigencia no se deriva del artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como parece dar a entender la sentencia mayoritaria en el párrafo cuarto de su fundamento jurídico décimo, ni tampoco de dicho precepto se infiere que el informe deba reflejar el criterio o criterios de mérito o capacidad profesional en virtud de los cuales "se va a establecer" la preferencia para adjudicar una concreta plaza, tal y como ya dejo reflejado en el apartado primero de este voto particular, lo único que el citado precepto establece es la posibilidad de que la Comisión recabe información de los distintos órganos del Poder Judicial para la adecuada formación de los criterios de calificación pero no impone la exteriorización de los mismos con el carácter previo que se da a entender en la sentencia mayoritaria; es bastante, en mi opinión, con que se pueda concluir razonablemente que ha tenido lugar un análisis efectivo de dichas resoluciones así como las razones que llevan a la conclusión que en su caso se adopte, de modo que, si se llega, como es el caso, al convencimiento de que no es

posible establecer diferencias determinantes, es obvio que no resultará exigible expresar qué concretas resoluciones se han considerado decisivas para apreciar un superior mérito en uno de los candidatos, si quiera sea por la sencilla razón de que ese mérito no se aprecia. Por otra parte creo que no hay obstáculo alguno para, cuando sí se aprecie ese mayor mérito, entender que el mismo resulta no de una concreta y específica sentencia sino del análisis conjunto de todas las que han sido examinadas.

CUARTO.- Llegado a este punto, me parece importante destacar que la actividad jurisdiccional no sólo debe ser valorada en función del análisis de las resoluciones dictadas por cada uno de los candidatos, sino que deberán ser ponderados otros aspectos, tal y como también se concluye en el Reglamento citado cuando dispone, sin que ello pueda interpretarse como *numerus clausus*, que: "a tal efecto, se ponderarán las concretas actividades jurisdiccionales y extra-jurisdiccionales reveladoras de destacados conocimientos jurídicos y de la aptitud necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional específica en la plaza anunciada, así como para el de aquellas otras funciones que sean inherentes al cargo. Entre los méritos de naturaleza jurídica a considerar conforme al párrafo anterior, podrán incluirse, entre otros, la antigüedad en la Carrera Judicial y los años de ejercicio en profesiones o actividades jurídicas, destinos servidos, especialización, calidad de las resoluciones judiciales, prestigio contrastado y laboriosidad deducida de los informes del Servicio de Inspección." Por tanto, la calidad de las resoluciones es sólo uno de los aspectos a valorar por más significativa que sea su importancia y, en consecuencia, resulta acertada la cita que en el informe de la Comisión se hace al currícula de los candidatos.

QUINTO.- Debo igualmente manifestar mi discrepancia con la apreciación que se contiene en el inciso final del párrafo segundo del fundamento noveno en lo que se refiere a la distinta composición de las ternas propuestas simultáneamente para plazas que exigen idénticos requisitos. En estos casos creo que elaborar ternas distintas no es lo más acertado por cuanto quienes sean considerados candidatos con más méritos para una de ellas la han de ser necesariamente también para la otra u otras, salvo que se especifique que para alguna de ellas, en función de las peculiares necesidades de la Sala, se ha tomado en consideración la concurrencia de un mérito o cualidad determinada, máxime cuando ningún obstáculo legal existe para la propuesta de la Comisión lo sea en número superior a tres. La posibilidad de que cualquier miembro del Consejo pueda proponer a un candidato no tomado en consideración por la Comisión no es, en mi opinión, razón bastante para sostener la tesis

contraria por cuanto el hecho de aparecer en la propuesta que la Comisión eleva al Pleno, coloca a los candidatos incluidos en ella en una situación más favorable que a los no incluidos, aun cuando sólo sea porque, como establece la sentencia mayoritaria, si el Pleno se aparta de la propuesta de la Comisión de Calificación habrá de motivar expresamente las razones de tal decisión.

SEXTO.- En mi opinión las razones que justifican, en el caso concreto que nos ocupa, un fallo en el sentido del que se contiene en la sentencia mayoritaria son otras de las allí expresadas.

En mi apreciación la resolución que es objeto de recurso no cuenta con la motivación necesaria en función de las contradicciones e imprecisiones en que incurre, contradicciones que se ponen de manifiesto cuando:

a) Por una parte se sostiene en el informe de la Comisión que no es posible establecer diferencia determinante entre los candidatos en cuanto a la calidad de las sentencias y posteriormente se afirma que el nombramiento recae en una determinada candidata en atención a la calidad técnica de sus resoluciones.

b) Se destaca igualmente como sustento de la decisión en relación a la candidata elegida "su dedicación al orden social", cuando en el informe se resalta respecto de otro de los candidatos como mérito destacado su antigüedad, reflejo, se dice, de una importante experiencia; su condición de presidente de Sala desde hace más de 15 años y que ha ejercido con continuidad y efectividad la jurisdicción Social desde hace más de veinte años y sin embargo no se justifica la razón de la opción a favor de la candidata que resulta nombrada en función de este concreto mérito.

c) Se afirma igualmente de la candidata sobre la que recae el nombramiento como mérito determinante el ser especialista en cuestiones de Seguridad Social cuando, si se está ante una plaza convocadas para Magistrados especialistas en el orden Social, hay que presumir que tal cualidad recae en todos los candidatos, sin que parezca razonable pensar que tal especialización se predica del nombrado por haber ejercido temporalmente, desde 1982 a 1986, como letrado del INSS; de la Tesorería General de la S.S. y del Instituto Nacional de Servicios Sociales, sin estar acreditado su pertenencia como funcionaria de carrera a dicho cuerpo, ni tampoco al de Letrados del Estado, en el que afirma ejercicio desde 1986 a 1988 adscrita a la Excm. Audiencia Territorial de Barcelona, acontecimientos todos ellos, por otra parte, anteriores a su ingreso en la Carrera Judicial, minusvalorando tal fin tanto la oposición de especialista como el tiempo de ejercicio en la jurisdicción.

Las contradicciones puestas de relieve en el informe de la Comisión de Calificación hacen que, en mi opinión, la motivación en que se funda el acuerdo recurrido no pueda ser considerada tal y por tanto ha de concluirse con la sentencia mayoritaria que la decisión del Consejo General del Poder Judicial no cuenta con la motivación necesaria.

José Manuel Sieira Míguez.- Juan Carlos Trillo Alonso.

Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado de esta Sala D. Eduardo Espín Templado a la Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2.009, recaída en el recurso contencioso-administrativo ordinario número 2/372/2.008, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Ricardo Enríquez Sancho y D. Santiago Martínez-Vares García.

Con todo el respeto a la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera en el recurso ordinario 272/2008, formulo el presente voto particular discrepante con los razonamientos y fallo de la misma.

PRIMERO.- Sobre los precedentes de la presente Sentencia.

Parece claro que el punto de partida para la resolución del presente recurso es la doctrina sentada por el Pleno de la Sala en la previa Sentencia de 27 de noviembre de 2.007, en la que se establecieron las bases a las que debía ajustarse la motivación de nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo por parte del Consejo General del Poder Judicial. Coincido con la síntesis que tanto la Sentencia mayoritaria como el Auto de la Sección Séptima de 25 de febrero de 2.009 han hecho de dichas bases, por lo demás explícitamente formuladas por la propia Sentencia de 2.007 en su fundamento jurídico noveno.

Según la Sentencia de la que discrepo (fundamento jurídico noveno), el informe emitido en este caso por la Comisión de Calificación identifica las fuentes de información (currícula, informes de las Salas de Gobierno y resoluciones de los candidatos) y dice también la razón de haber excluido a ciertos candidatos (desempeñar cargos de gobierno, para permitirles finalizar su mandato). Sin embargo, se critica al referido informe la deficiente valoración del criterio sobre la labor jurisdiccional de los aspirantes y la falta de identificación nítida del criterio que ha de determinar la preferencia conforme a la cual se va a elaborar la propuesta.

Tras descartar que tales deficiencias queden paliadas por la dificultad de motivar las decisiones de un órgano colegiado, y subrayar que la actual redacción del artículo 74.2 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo General del

Poder Judicial contribuye a poner de manifiesto dichas deficiencias, la Sentencia del Pleno concluye que la decisión del Consejo no cuenta con la motivación necesaria.

La Sentencia mayoritaria niega que su decisión entre en contradicción con el Auto de 25 de febrero de 2.009 de la Sección Séptima por la razón de que en dicha resolución no se entraba a examinar la cuestión de la calidad de las resoluciones redactadas por los magistrados candidatos a la plaza, siendo ésta la primera vez que se suscita el problema de cómo ha de valorarse el trabajo jurisdiccional realizado por dichos magistrados.

SEGUNDO.- Sobre la designación por el Consejo General del Poder Judicial de miembros del Tribunal Supremo y otros cargos.

La sentencia mayoritaria desarrolla el criterio de cómo debe motivarse la designación por el Consejo General del Poder Judicial de los Magistrados del Tribunal Supremo y otros cargos judiciales, más allá de la Sentencia de 27 de noviembre de 2.007, en los fundamentos de derecho duodécimo y decimotercero. En el primero de ellos se subraya que el *cursum honorum* inherente a la carrera judicial se ha de basar en el escrupuloso respeto a los principios de mérito y capacidad, que se traduce especialmente en la idea de "solvenencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional" expresada en la Sentencia de 29 de mayo de 2.006. Ello no supone, se afirma, que la jurisprudencia "(...) haya transformado en un concurso de méritos el sistema de provisión de las plazas del Tribunal Supremo o el que conduce a los restantes nombramientos discrecionales, ni que haya privado al Consejo General del Poder Judicial de las facultades que la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial ponen en sus manos.

Por el contrario, desde la sentencia de 29 de mayo de 2006 ha subrayado el amplio margen de decisión del que dispone y que se manifiesta, en primer lugar, en su facultad de determinar los criterios de mérito y capacidad conforme los que va a efectuar un nombramiento. (...) Margen de decisión que comprende, incluso, el de elegir libremente a aquél candidato o candidata que prefiera de entre los que concluya razonadamente que acreditan en igual medida esas solvenencia y excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y presentan méritos extrajurisdiccionales que le merecen una consideración equivalente." (fundamento de derecho duodécimo) Y en cuanto al procedimiento a seguir, desarrollado en el fundamento decimotercero, se pone de relieve que la decisión correspondiente al Pleno, se destaca el papel central del preceptivo informe de la Comisión de Calificación, y se reconoce la capacidad del Pleno para basar su decisión en dicha propuesta o bien para separarse de la misma. A

este respecto, merece la pena reproducir el párrafo en el que la Sentencia mayoritaria expresa el margen de discrecionalidad con que cuenta el Pleno para decidir: "(...) Pero es el Pleno el órgano competente para decidir. La intervención de la Comisión de Calificación es un paso previo, preceptivo pero no vinculante.

Por eso, el Pleno puede aceptar su informe y si, según el mismo, todos los candidatos que le ha propuesto presentan un grado equivalente de excelencia elegir sin necesidad de ulterior explicación al que de ellos prefiera. Caso de que la propuesta establezca fundadamente una preferencia puede aceptarla sin más y escoger al que ha destacado ya la Comisión de Calificación pero, también, está en su mano optar por alguno de los que le seguían, aunque habrá de motivar por qué se separa de ella en este punto. En fin, el Pleno puede no compartir, sea los presupuestos sobre los que se elaboró el informe y, por tanto, su sentido, sea la propuesta que le acompañaba, o ni los unos ni la otra. De nuevo, debemos recordar que el Presidente y los Vocales tienen la facultad de someterle la candidatura de solicitantes que la Comisión no le propuso o, incluso, de magistrados que no pidieron la plaza pero que cumplen los requisitos exigidos y han prestado su consentimiento al efecto." (fundamento de derecho decimotercero) Pues bien, debo decir que comparto plenamente el párrafo precedente, que trata de exponer el marco en el que se ha de mover el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y que debe completarse, evidentemente, con las exigencias de motivación expuestas antes. Ahora bien creo que, desdichadamente, las premisas establecidas con anterioridad en la Sentencia son contradictorias con la conclusión expresada en dicho párrafo y con lo que el Pleno de la Sala resuelve en el caso concreto. Creo, en efecto, que si el Pleno hubiera sido congruente con el párrafo que se ha reproducido, el recurso hubiera sido, sin duda, desestimado.

Baso las anteriores afirmaciones en las siguientes razones:

A.- En su aplicación práctica al caso y en contra de lo que afirma, el Pleno transforma la elección de Magistrados del Tribunal Supremo por parte del Consejo en una decisión cuasi reglada análoga a la provisión de plazas de funcionario.

B.- Al restringir indebidamente el margen de la decisión del Consejo General del Poder Judicial sobre los nombramientos del Tribunal Supremo, la Sentencia mayoritaria desconoce en la práctica el alcance de una facultad que, sin perjuicio del respeto a los principios de mérito y capacidad, es una decisión discrecional del órgano de gobierno de uno de los poderes constitucionales y que responde legítimamente a criterios de política judicial constitucional.

- Comparto el punto de partida sentado en la Sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2.007 y en la que se apoya la presente Sentencia. Estoy conforme, por tanto, con la necesidad de que el Consejo General del Poder Judicial explicita los criterios en los que ha de basar el nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo y otros altos cargos de la judicatura, así como las fuentes de las que debe extraer los méritos y capacidades de los candidatos a los nombramientos. Estoy también de acuerdo con el criterio básico de que tales nombramientos han de ajustarse a los principios de mérito y capacidad, tal como dijimos en nuestra Sentencia de 29 de mayo de 2.006. Coincido también, por último, en que el Consejo ha de motivar sus nombramientos positivamente, expresando las razones de la selección de aquéllos a quienes se nombra, y no negativamente: no tiene por qué justificar la no selección de los no escogidos, ni para la terna -por parte de la Comisión de Calificación-, ni para el nombramiento por el Pleno.

- Creo, con todo respeto, que el Pleno se excede manifiestamente cuando descalifica la premisa de la igual valoración expresada por la Comisión de Calificación respecto a los méritos relativos a la labor jurisdiccional, invalidez que se hace derivar de la falta de explicación de las razones por las que se llega a tal conclusión, al considerar inaceptable la de que estén motivadas -algo que es una exigencia constitucional-, y por la falta de identificación de las Sentencias empleadas para valorar la labor de los candidatos, así como por la ausencia de un mínimo estudio del trabajo jurisdiccional de los candidatos. Semejante detalle en la exigencia de motivación supone, en contra de lo que se sostiene en la Sentencia, concebir la motivación de un nombramiento discrecional como una designación del mejor candidato en un concurso de méritos o en una oposición. Creo que la expresión de la valoración efectuada por la Comisión de Calificación en el caso de autos es sobradamente suficiente como para que el Pleno se apoye en ella y entienda que la calidad jurisdiccional de los Magistrados candidatos es pareja o, en todo caso, suficiente como para acceder al puesto al que concurren. El camino contrario conduce a la falta de límites, y abocaría al Pleno a la necesidad de nombrar al que resultase "más idóneo" a la vista de un estudio detallado de su labor jurisdiccional, de forma análoga a lo que se espera, por poner un ejemplo, de un Tribunal o Comisión de habilitación a Cátedras de Universidad tras valorar y puntuar las publicaciones de investigación y la experiencia docente de los candidatos como principales méritos para conceder la habilitación.

Creo que aunque en teoría es posible mantener que el detalle y concreción que se le pide a la motivación es compatible con afirmar que el

Pleno podría escoger libremente a los que obtuvieran una valoración análoga, la realidad es que a mayor detalle de la motivación menor margen de elección. Así, difícilmente podría justificarse la libertad de elección entre varios candidatos de reconocidos mérito y capacidad para desempeñar el cargo desde el momento que un estudio detallado sobre las Sentencias dictadas por ellos o sobre su trayectoria profesional condujera a la conclusión de que en algún aspecto la labor de alguno fuese superior a la de los demás. Creo que ha de aceptarse, inevitablemente, que la motivación debe llegar exclusivamente hasta el punto en el que se acredita que el mérito y la capacidad de los propuestos es suficiente como para optar al cargo, y para ello no es necesario -sino, precisamente, incompatible en la práctica- un estudio detallado sobre la calidad de las sentencias respectivas o sobre cualquier otro concepto de la labor profesional de los candidatos.

- La libertad de escoger entre los candidatos que obtengan una valoración positiva genérica por parte de la Comisión de Calificación -según los criterios previamente determinados y a partir de las fuentes que se indiquen- es precisamente el punto en el que confluyen y se hacen compatibles las exigencias de los principios de mérito y capacidad y la discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial como órgano constitucional responsable del gobierno del Poder Judicial para escoger a los miembros de los altos tribunales de conformidad con una determinada política jurisdiccional. Esta potestad debe articularse inevitablemente con la utilización, sobre la base del suficiente mérito y capacidad, de otros criterios legítimos e inevitables, como el carácter más o menos abierto o moderado de su interpretación jurídica, sin necesidad de que tales criterios se tengan por qué explicitar. No de otra forma operan otros órganos constitucionales al ejercer competencias análogas, como las Cámaras parlamentarias o el Gobierno -, de nuevo, el propio Consejo General del Poder Judicial- al designar los miembros de otro órgano jurisdiccional, como lo es el Tribunal Constitucional. Y, huelga decir que esta capacidad discrecional, asentada sobre la base del mérito y capacidad acreditados de los candidatos, puede ejercerse con tino o sin él, pero ni en este último caso el sistema queda invalidado, ni para prevenir el desacierto debe transformarse el procedimiento en un concurso oposición.

Debe entenderse que sólo respetando la capacidad del Consejo General del Poder Judicial para efectuar nombramientos discrecionales, sobre la base del mérito y capacidad acreditados de los candidatos, se asegura la pretensión del constituyente de que la orientación global de los principios que informan la interpretación jurídica por parte de Tribunal Supremo se vaya acompasando, a través



EL DERECHO

Año XVII. Número 2801

Madrid, 3 de marzo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

del nombramiento de sus miembros, a la evolución de la sociedad, plasmada a través de la representación popular que, indirectamente, determina la orientación del Consejo General del Poder Judicial. Y el que esta traslación de la sociedad a las instituciones no funcione a veces de manera plenamente satisfactoria, sino con un excesivo mecanicismo, tiene otras razones cuya explicación no es propia de este voto particular,

pero ciertamente ello no se debe a la deficiencia en la motivación de los nombramientos de los altos cargos judiciales.

- Entiendo, en suma, que la pretensión de detalle en la motivación que se desarrolla en esta Sentencia -no en las anteriores- contradice la propia conclusión de la Sentencia respecto al margen con que cuenta el Pleno del Consejo General del

Poder Judicial para designar a los Magistrados del Tribunal Supremo y a otros altos cargos judiciales y transforma en la práctica la naturaleza de una designación discrecional -sobre la base del mérito y capacidad acreditados de los candidatos- en una suerte de concurso de méritos cuasi reglado que menoscaba las potestades constitucionales del Consejo General del Poder Judicial.

La aplicación de los criterios sostenidos en este voto particular hubieran conducido, como es claro, a la desestimación del recurso.

Dado en Madrid, a veintitrés de noviembre de dos mil nueve. D. Eduardo Espín Templado D. Ricardo Enríquez Sancho D. Santiago Martínez-Vares García

(Voto particular omitido)

RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2009/276015

TS Sala 1ª, Sentencia 13 noviembre 2009.
Ponente: D. Francisco Marín Castán

Nulidad de compraventa de inmueble al tratarse de un negocio simulado

El TS declara no ha lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la AP que la confirma. La Sala, entre otros, considera ajustada a derecho la sentencia impugnada que declaró la nulidad del contrato de compraventa privado de inmueble celebrado entre los litigantes por falta de causa, al tratarse de un negocio absolutamente simulado, pues el tribunal ha valorado las pruebas efectivamente practicadas y en virtud de su resultado declara unos hechos como probados, en este caso la inexistencia de verdadera voluntad de comprar y vender pese al texto del documento en el que se plasmó el contrato litigioso.

2009/271315

TS Sala 1ª, Sentencia 24 noviembre 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Resolución de compraventa a instancia del vendedor por falta de pago del precio

Declara el TS que no ha lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la compradora demandada contra sentencia dictada por la AP que confirmó la de instancia estimatoria de las pre-

tensiones del actor, y declaró la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del recurrente. Indica la Sala que no existe prejudicialidad penal por no tratarse de la misma causa de pedir y rechaza la indefensión alegada por no ser puesta de manifiesto en el momento procesal oportuno. Rechaza la casación por no probar el comprador haber sido perturbado en su posesión o dominio y aclara que en la venta a precio alzado no tendrá lugar el aumento o disminución del precio aunque resulte mayor o menor cabida, y en la venta de cuerpo cierto con designación añadida de cabida o número, el vendedor entregará la totalidad o se disminuirá el precio a no ser que el contrato quede anulado, debiendo resaltarse que la recurrente, al ser requerida de resolución por impago del precio, ni siquiera intentó acogerse a ninguna de tales posibilidades.



2009/239973

TS Sala 2ª, Sentencia 7 octubre 2009.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

Delito de homicidio en grado de tentativa

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, así como el de la acusación particular. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que hay que recordar que el art. 1 RDLeg. 8/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la LRCSCVM, después de fijar el principio de responsabilidad del conductor de vehículo de motor de los

daños causados a las personas o bienes con motivo de la circulación, remite al reglamento para la determinación del concepto "hecho de la circulación" y en este sentido el art. 3 RD 7/2001, excluye de la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo de motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos. En este sentido el Pleno no jurisdiccional de Sala de 24 de abril de 2007 adoptó el siguiente acuerdo: "no responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor".



2009/300069

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 17 diciembre 2009. Ponente: D. Manuel Vicente Garzón Herrero

Tributación del acuerdo de incremento de capital con cargo a reservas por la modalidad de operaciones societarias

El TS desestima el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado y por el Gobierno de Cantabria contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que anuló a instancias de la entidad bancaria la resolución del TEAC, que confirmó enalzada la liquidación practicada en concepto de impuesto

sobre actos jurídicos documentados relativo al acuerdo de aumento de capital social con cargo a reservas. La exclusión del impuesto sobre actos jurídicos documentados no la hace recaer el ordenamiento jurídico en la escritura que consagra la ampliación del capital previamente acordada, o, alternativamente, en la que adoptó el acuerdo de ampliación de capital, sino en que la citada operación formal de escrituración, con independencia del acto en que se lleve a cabo, ya había tributado por operaciones societarias.



2009/245806

TS Sala 4ª, Sentencia 5 octubre 2009.
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Aplicación de topes al régimen de ayudas a las prejubilaciones en la minería del carbón

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador prejubilado demandante frente a sentencia que rechazó su reclamación de cantidad.

La Sala señala que la interpretación correcta del art. 9 RD 808/2006 por el que se establece el régimen de ayudas a las prejubilaciones vinculadas a planes de racionalización y reestructuración de la actividad de las empresas mineras del carbón es la contenida en la sentencia impugnada; así pues, por un lado se establecen los topes máximo y mínimo de la cantidad bruta garantizada y, por otro, si esta cantidad, en función de las bases máxima y normalizada, excediera más del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador habría de reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior habría de incrementarse; esta limitación tiene por objeto evitar el absurdo que supondría que el actor percibiera en situación de prejubilación una mayor cantidad que la que percibía como salario medio estando en activo.