

Documento TOL6.538.398

Jurisprudencia

Cabecera: Comisión de Servicio en cuya convocatoria no se exigía informe favorable de la Sala de Gobierno de la Comunidad de origen del solicitante, que es excluida por esta circunstancia. Estimación del recurso.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: [José Díaz Delgado](#)

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 08/03/2018

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Sexta

Número Sentencia: 384/2018

Número Recurso: 11/2017

Numroj: STS 787:2018

Ecli: ES:TS:2018:787

ENCABEZAMIENTO:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 384/2018

Fecha de sentencia: 08/03/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 11/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

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

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 384/2018

Excmos. Sres.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

D. Jose Manuel Sieira Miguez

D. Eduardo Espin Templado

D. Jose Diaz Delgado

En Madrid, a 8 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto ha visto el presente recurso contencioso-administrativo con el número 11/2017, interpuesto por doña Mercedes Caro Bonilla, procuradora de los Tribunales en nombre y representación de doña Rosana , con D.N.I. NUM000 , Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número NUM001 de DIRECCION000 , bajo la dirección Letrada de doña Celia Raquel Suárez López, interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 3 de noviembre de 2016, desestimatorio del recurso de alzada número 354 de 2016, interpuesto contra la propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, adoptado en la reunión de de 15 de junio de 2016, por el que se propone la concesión de una comisión de servicio, con relevación de funciones para servir en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Salamanca, a favor del Magistrado Don David , y contra el Acuerdo de la Comisión Permanente de dicho Consejo por el que se adjudica al referido Magistrado tal plaza en Comisión de Servicio, de fecha 7 de julio de 2016.

Es parte recurrida la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La recurrente formaliza la demanda por escrito de fecha 27 de julio de 2017, en base a los siguientes hechos:

En fecha 26 de mayo de 2016 se efectuó convocatoria de Comisión de Servicios con relevación de funciones para el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Salamanca (por periodo de seis meses o, si se produce antes, hasta que se reincorpore un titular a la mencionada plaza).

En dicho Acuerdo se señala expresamente *"para que los Jueces y Magistrados Titulares del territorio nacional que pudieran estar interesados en el nombramientos tengan la oportunidad de deducir la correspondiente petición"* (Acuerdo del Presidente del TSJ de Castilla y León que obra al folio 2 del Tomo II del Expediente administrativo).

En cumplimiento del Acuerdo nº 69.2 de la Comisión Permanente del CGPJ, de 13 de noviembre de 2007, se dió publicidad a través de la inserción en la Extranet de Jueces y Magistrados de su página web, en la forma prevista en el Acuerdo 30 de la referida Comisión Permanente, de 29 de noviembre de 2007, *"para que los Jueces y Magistrados titulares del territorio nacional que pudieran estar interesados en el*

nombramiento" efectuaran la correspondiente solicitud, sin añadir ningún otro requisito o señalar elementos de valoración distintos a estos. Convocatoria que obra al folio 5 del Tomo II del Expediente.

A la finalización de dicho plazo constan formuladas ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, cuatro peticiones tal y como señala el Acuerdo de 15 de junio de 2016 (Fundamento de Derecho Primero, al folio 14 del Tomo II del Expediente).

Doña Rosana , nº NUM002 (recurrente).

Doña Eufrasia , nº NUM003 .

Don David , nº NUM004 .

Don Modesto , nº NUM005 .

El Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en sesión de 15 de junio de 2016 (obrante al folio 13 y ss. del Tomo II del Expediente) acuerda: Proponer al tercer peticionario por orden de escalafón, señalando seguir el *"criterio mantenido por el CGPJ de denegar la plaza a quienes se encuentren destinados fuera de la Comunidad donde se encuentre la plaza ofertada, siempre que no obre informe favorable de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia en el que se encuentre destinado el peticionario"* (Fundamento de Derecho Segundo).

En tal fecha, 15 de junio de 2016, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ni se había solicitado el referido informe al TSJ Galicia, destino de la recurrente, ni había señalado en la convocatoria que los solicitantes de Comunidad Autónoma distinta de Castilla y León debieran aportar dicho informe.

Excluidas las dos primeras solicitudes de Magistradas que sirven en Galicia y Extremadura, la resolución recurrida acuerda que *" se propone al Magistrado D. David Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ciudad Rodrigo al reunir los perfiles más adecuados a la plaza atendiendo al mejor puesto en el escalafón (NUM004 en el escalafón correspondiente al 2016) de los dos peticionarios destinados en esta Comunidad, experiencia y haber estado ejerciendo ya funciones en un Juzgado de capital en régimen de sustitución voluntaria"*.

Una vez interpuesto recurso de alzada frente a dicho Acuerdo, por la Comisión Permanente del Poder Judicial en fecha 03/11/2016 se acuerda desestimar dicho recurso de alzada, siendo notificado a la recurrente.

A la vista de dicho Acuerdo la recurrente tiene noticia de que la Comisión Permanente en Acuerdo de fecha 7 de julio de 2016 adjudicó la referida Comisión de Servicios al Magistrado propuesto, sin que a la fecha se haya notificado dicho acuerdo en forma legal ni se haya publicado en Diarios Oficiales, incumpliendo lo previsto en el art. 177.4 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial .

Tras exponer los fundamentos jurídicos que tuvo por pertinentes, termino suplicando que se dicte en sentencia en la que:

1º.- Se anulen y revoquen los acuerdos impugnados, dictados por el Consejo General del Poder Judicial en fechas 3 de noviembre y 7 de julio de 2016.

2º.- Se declare el derecho de la demandante a la adjudicación de la plaza convocada en la referida comisión de servicios (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Salamanca), condenándose al Consejo General del Poder Judicial a adjudicársela.

3º.- Se condene al Consejo General del Poder Judicial al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia, conforme a las bases señaladas en el fundamento VI de la demanda.

4º.- Se condene al Consejo General del Poder Judicial al pago de las costas del proceso.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó al presente recurso por escrito de fecha 10 de octubre de 2017 en el que instó la desestimación del mismo.

TERCERO.- Evacuado el trámite de conclusiones por ambas partes se señaló para votación y fallo el día 1 de marzo de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Como sostiene la recurrente, en la convocatoria no se exige que se adjunte con la solicitud el informe previsto en el art. 216 bis 3 párrafo segundo LOPJ ni se establece preferencia en atención a las necesidades de servicio a los miembros de la Carrera Judicial destinados en los órganos judiciales de dicha Comunidad Autónoma, ni se fija como mérito preferente el destino o, la situación del órgano en que se encuentre destinado.

En fecha 15 de junio de 2016, fecha en la que se reúne el Pleno de la Sala de Gobierno del TSJ de Castilla y León para efectuar propuesta de nombramiento, por éste ni se ha solicitado informe alguno al TSJ de Galicia ni se ha requerido a la recurrente (con mejor puesto en el escalafón) para que pudiera solicitar dicho informe y así aportarlo a fin de dar cumplimiento al único criterio por el que se excluye a ésta de la propuesta.

Sostiene la recurrente que la propuesta es arbitraria, y ello porque sería distinto que hubieran propuesto a la mejor posicionada en el escalafón y caso de no contar con el informe favorable del TSJ correspondiente se nombrara a la siguiente y así sucesivamente. Incluso, hubiera podido sostenerse que se propusiera al tercer mejor posicionado en el escalafón (como hacen) pero añadiendo, salvo que las dos peticionarias con mejor escalafón aporten informe favorable de su respectivo TSJ, lo que tampoco sucede, dejando a esta recurrente en total indefensión.

Entiende que se vulnerado el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, consagrado en el art. 23.2 CE , que ha de ponerse en conexión con el principio de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del art. 103.3 CE .

Añade la recurrente que notificada la propuesta del TSJ de Castilla y León el día 22 de junio de 2016, se remitió correo electrónico a la Presidencia del TSJ de Galicia a los efectos de que emitieran el correspondiente informe favorable (documento 3 que obra al folio 14 de Tomo I del Expediente), remitiendo escrito al servicio de personal judicial vía fax ese mismo día para que tuvieran constancia de lo acaecido y hacer valer las alegaciones que se efectúan (escalafón, especialista en orden jurisdiccional civil e incluso conciliación de la vida familiar y laboral), e informar que se estaba a la espera de recibir el correspondiente informe del TSJ de Galicia para su aportación al expediente (documento 4 del Tomo I del Expediente, del folio 15 al 18).

La Sala de Gobierno del TSJ de Galicia en su reunión de fecha 28 de junio de 2016 emite informe que titulan en el correo que remiten como dato adjunto -folio 19 del Tomo I del Expediente- "*Informe favorable Comisión*" en el que expresamente se señala que "no había inconveniente para la aprobación de la comisión de servicio indicada a su favor", informe que se remite por correo electrónico a esta recurrente (doc. 5 al folio 19 y 20 del Tomo I del Expediente) y que remite vía fax y correo en fecha 30 de junio de 2016 (doc. 6 del Tomo I del Expediente del folio 21 al 23) y que el Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 7 de julio de 2016 no pudo entrar a valorar al no estar en la propuesta, ni tan siquiera de forma condicionada, la hoy recurrente. Acuerdo, que no ha sido notificado a dicha parte como interesada, infringiendo lo previsto en el art. 177.4 del Reglamento 2/2011 , de la Carrera Judicial.

A estos efectos, el Abogado del Estado en su oposición al recurso señala expresamente que el CGPJ ha tenido en cuenta los informes aportados y atendiendo a los parámetros establecidos legal y reglamentariamente, órgano que ha valorado las circunstancias concurrentes en el presente supuesto derivadas de lo actuado en el mismo, actuaciones entre las que se encuentra el informe emitido por el TSJ de Galicia en fecha 28 de junio de 2016, aportado por la recurrente precisamente con la finalidad de que se tuviera en cuenta por el CGPJ. Sin embargo, como sostiene la recurrente dicha afirmación es incorrecta pues el CGPJ no puede entrar a valorar ninguna circunstancia personal de quien ha sido excluida de la propuesta, y se remite a la Dispositiva de la resolución del TSJ de Castilla y León

impugnada, así como que no consta en el Acuerdo del CGPJ ninguna referencia a la recurrente, siendo su transite el de aprobar o no la única propuesta efectuada por el TSJ.

Al tiempo, el Letrado del Estado afirma que dicho informe favorable no es tal al estar condicionado a que la plaza fuera cubierta por un Magistrado titular y no por un juez sustituto. Como sostiene la recurrente, quien califica de favorable dicho informe es el propio TSJ de Galicia cuando lo remite.

Por otro lado sostiene la recurrente, frente a lo afirmado por el Abogado del Estado de que "el órgano autor de la propuesta tuvo en cuenta la mejor gestión y eficacia de los destinos judiciales que podía operar al disponer de un peticionario con sede en la Comunidad Autónoma del Juzgado de destino de la medida; también para la resolución de la medida se tuvieron en cuenta los condicionantes expresados por la Sala de Gobierno del órgano de procedencia a la hora de proveer la sustitución en el mismo". Y es que ello es imposible porque este es de fecha posterior a la propuesta en la que se excluye a la hoy recurrente por lo que difícilmente pudo ser tenido en cuenta (la propuesta es de fecha 15 de junio y el informe del TSJ de Galicia es de 28 de junio de 2016).

SEGUNDO.- Infracción de los principios de mérito y capacidad. Elección del candidato con peor escalafón y mérito:

Como afirma la recurrente, los propios Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida (15 de junio de 2016) refieren como criterio para la adjudicación (una vez excluidas las dos peticionarias con mejor escalafón pero que sirven en Comunidad Autónoma distinta de Castilla y León), exclusivamente el criterio de mejor escalafón de entre los peticionarios, orden que se ha configurado como único criterio objetivo del que partir, añadiendo a ello, en sede de resolución del recurso de alzada (pero no en las resoluciones recurridas) otras circunstancias a valorar.

Sostiene la recurrente, frente a lo afirmado por el Abogado del Estado que "la circunstancia de que la Sala de Gobierno propusiera a don David que finalmente resultó adjudicatario de la medida, obedecía no sólo al escalafón atribuido dentro de los considerados, elemento sobre el que se asienta fundamentalmente la demandante para sostener su mejor derecho al nombramiento, sino también considerando las características de la plaza para la que se ofertaba la comisión de servicios, valorando por ello la experiencia tenida en órganos similares así como el hecho de haber estado ya ejerciendo funciones en un Juzgado de Primera Instancia de la misma".

Dicha alegación no se corresponde con lo acaecido, y es que estando al razonamiento jurídico que hace el Ponente de la propuesta, el resultado de la misma no es coherente con lo argumentado, vulnerando los preceptos constitucionales anteriormente señalados, y ello porque la propuesta efectuada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León lo es directamente a favor del tercer peticionario en el escalafón, desprendiéndose de la parte dispositiva que las dos peticionarias con mejor escalafón no cuentan con el correspondiente informe favorable de su respectiva TSJ y ello cuando dichos informes no han sido exigidos en la convocatoria para efectuar solicitud ni posteriormente solicitados por dicho órgano ni directamente a cada uno de los distintos Tribunales Superiores de Justicia a los efectos de dar una oportunidad a las peticionarias, ni indirectamente a estas para que pudieran haberlo solicitado con carácter previo a emitir por dicho órgano resolución con propuesta al CGPJ.

Como sostiene la recurrente, tiene mejor número de escalafón que el candidato propuesto y posteriormente nombrado, es especialista en jurisdicción civil (doctora en Derecho Civil cuando el candidato propuesto no lo es), se encuentra prestando servicios en un Juzgado de Primera Instancia de capital desde el 21 de marzo de 2011 frente al tiempo que se dice que el propuesto ha prestado servicios en un juzgado de instancia de capital (tiempo que no ha llegado al año cubriendo una comisión de servicios por baja por enfermedad).

El Abogado el Estado en su escrito de oposición al presente recurso señala en su Fundamento de Derecho Primero, tajantemente, que *"no le es aplicable al mismo el régimen jurídico ni el procedimiento previsto en los artículos 216 bis.2 a 216 bis.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . En este caso, nos encontramos ante una comisión de servicio con relevación de funciones para los juzgados y Tribunales de las contempladas en los arts. 350.1 a 350.1.a) LOPJ y 177.1 a) y 2 del Reglamento 2/2011 , con la finalidad de cubrir "la vacante" producida en el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Salamanca por encontrarse su titular desempeñando una comisión de servicios con relevación de funciones en el*

Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, siendo el órgano competente para acordar la medida la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, previa tramitación y propuesta de la Comisión de Modernización, lo que deberá entenderse referido a la Sección de Oficina Judicial, de conformidad con la nueva organización interna del CGPJ".

Sin embargo el TSJ de Castilla y León, para no proponer a la recurrente, aplicó el art. 216 bis 3. de la LOPJ .

En este contexto se justifica el acuerdo adoptado por la Comisión Permanente al hacerlo "*con libertad de criterio*" añadiendo que la propuesta favor de Don David "obedecía no sólo al escalafón atribuido dentro de los considerados", sino añade "considerando las características de la plaza para la que se ofertaba la comisión de servicios, valorando por ello la experiencia tenida en órganos similares así como el hecho de haber estado ejerciendo funciones en un Juzgado de Primera Instancia de la misma localidad" (y ello sin tener en cuenta ni comparar los años de ejercicios de esta recurrente en Juzgado de Primera Instancia de capital), para concluir que el "*órgano autor de la propuesta -Castilla y León- tuvo en cuenta la mejor gestión y eficacia de los destinos judiciales que podía operar al disponer de un peticionario con sede en la Comunidad Autónoma del juzgado de destino de la medida*", sin que pueda ello sostenerse pues a la fecha de emisión de la propuesta -15 de junio de 2016- no se pudo valorar las condicionantes que se dicen figuran en el informe favorable puesto que éste lo es de fecha 28 de junio de 2016 y sin que tampoco pudiera valorarlo la Comisión Permanente del CGPJ en su reunión del día 7 de julio de 2016 por cuanto sólo puede valorar la propuesta que se efectúa y que lo es de forma exclusiva a favor de Don David al haber sido excluidas las dos primeras peticionarias por el TSJ de Castilla y León.

En conclusión, es evidente que se hace una propuesta de comisión de servicios en virtud de lo dispuesto en el artículo 216 bis de la LOPJ que exigía informe de las Salas de Gobierno de aquellos solicitantes que procedieran de territorios de distintos TSJ y que no se incluyó dicho requisito en las bases ni se ordenó en su caso la subsanación de tal defecto procedimental, sino que simplemente se excluyó de la propuesta a los solicitantes que se encontraban en esta circunstancia, y teniendo la recurrente mejor puesto en el escalafón, único criterio utilizado por los acuerdos recurridos, procede reconocerle el derecho a ser nombrada para dicha comisión y también el restablecimiento de su situación jurídica debiendo ser indemnizada por los gastos de alquiler de vivienda en el destino que tenía en Galicia durante el tiempo que duró la Comisión, al disponer de vivienda en Salamanca, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

TERCERO .- La estimación total del recurso conlleva la imposición de las costas procesales a la recurrida, hasta la cuantía máxima por todos los conceptos de 3000 euros.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido estimar el recurso contencioso-administrativo con el número 11/2017, interpuesto por doña Mercedes Caro Bonilla, procuradora de los Tribunales en nombre y representación de doña Rosana , con D.N.I. NUM000 , Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número NUM001 de DIRECCION000 , bajo la dirección Letrada de doña Celia Raquel Suárez López, interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 3 de noviembre de 2016, desestimatorio del recurso de alzada número 354 de 2016, interpuesto contra la propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, adoptado en la reunión de 15 de junio de 2016, por el que se propone la concesión de una comisión de servicio, con relevación de funciones para servir en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Salamanca, a favor del Magistrado Don David , y contra el Acuerdo de la Comisión Permanente de dicho Consejo por el que se adjudica al referido Magistrado tal plaza en Comisión de Servicio, de fecha 7 de julio de 2016, que se anulan y se dejan sin efecto.

2.- Reconocer el derecho a ser indemnizada en el coste del alquiler de vivienda en el lugar de destino en Galicia, cuyo alcance se determinara en ejecución de sentencia.

3.- Condenar a la recurrida en la condena en costas procesales, hasta un máximo de 3.000 € por todos los conceptos.

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

Así se acuerda y firma.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez D. Jose Manuel Sieira Miguez

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Diaz Delgado

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Diaz Delgado, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.