

Sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2020 (rec.423/2018)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 737/2020

Fecha de sentencia: 11/06/2020

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

Número del procedimiento: 423/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/03/2020

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

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.: 423/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Sentencia núm. 737/2020

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Eduardo Espín Templado

En Madrid, a 11 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto integrada con los Magistrados que más arriba se indica, el recurso contencioso-administrativo número 2/423/2018, interpuesto por el magistrado don Roman, representado por el Procurador de los Tribunales **don Ernesto García-Lozano Martín**, y defendido por la Letrada **doña Esther Jiménez Moragas**.

Impugna el Real Decreto 1082/2018, de 24 de agosto, por el que se promueve a la categoría de Magistrado de la Sala NUM000 del DIRECCION000 al magistrado don Carlos Antonio y el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 24 de julio de 2018, que formuló la propuesta.

Ha sido parte recurrida **el Consejo General del Poder Judicial**, representado y defendido por **el Abogado del Estado** y parte codemandada el magistrado don Carlos Antonio, representado por el Procurador **don Ramón Rodríguez Nogueira** y dirigido por el Letrado **don Nicolás González-Cuellar Serrano**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito con entrada en este DIRECCION000 el 8 de noviembre de 2018, el magistrado don Roman, interpone recurso contra el Real Decreto 1082/2018, de 24 de agosto (BOE nº 221, de 12 de septiembre de 2018) por el que se promueve a la categoría de Magistrado de la Sala NUM000 del DIRECCION000 a don Carlos Antonio y, por extensión, contra la propuesta de nombramiento del acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 24 de julio de 2018.

SEGUNDO.- En diligencia de ordenación de 16 de noviembre de 2018 se tuvo por interpuesto el recurso; se designó Magistrado ponente al magistrado de la Sala don Nicolás Maurandi Guillén y se requirió al órgano demandado la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el *artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante, LJCA).

TERCERO.- En diligencia de ordenación de 21 de enero de 2019 se tuvo por recibido el expediente; por personada y parte a la recurrida, por efectuados los emplazamientos previstos en el *artículo 49 de la LJCA* y se dio traslado a la representación del recurrente, don Benigno, para que, en el plazo de veinte días, dedujera demanda, haciéndole entrega a tal efecto del expediente administrativo.

CUARTO.- En diligencia de ordenación de 29 de enero de 2019 se tuvo por comparecido como parte codemandada al magistrado del DIRECCION000 don Carlos Antonio, representado por el Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de don Nicolás González-Cuéllar Serrano.

QUINTO.- El recurrente formalizó su demanda mediante escrito registrado el 19 de febrero de 2019, en la que termina pidiendo a la Sala:

«1.- Se declare la nulidad del acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 24 de julio de 2018 y del Real Decreto 1082/2018, de 24 de agosto y, con ello, del nombramiento como Magistrado de la Sala NUM000 del DIRECCION000 del Excmo. Sr. D. Carlos Antonio, respecto de la plaza vacante por jubilación del Excmo. Sr. D. Herminio, convocada en fecha 26 de abril de 2018.

2. Que en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial efectiva (*artículo 24.1 de la Constitución*) y existiendo base para ello en las presentes actuaciones al tratarse de una potestad discrecional impropia que se ejerce con carácter de potestad reglada, la Sala declare que la decisión ajustada a Derecho es la de promover a la categoría de Magistrado del DIRECCION000 al magistrado recurrente, D. Roman, para desempeñar plaza en la Sala NUM000 del DIRECCION000.

3. Subsidiariamente y en defecto de lo anterior, se acuerde la retroacción de actuaciones para que el Consejo General del Poder Judicial decida lo que corresponda, respetando siempre lo resuelto en la Sentencia».

Sostiene que se han vulnerado los principios de igualdad, mérito y capacidad y el mandato de interdicción de la arbitrariedad (*artículo 23.2 y 9.3 CE*).

Critica el sistema de nombramientos porque el CGPJ se atribuye un margen de apreciación tan amplio que alcanza a convertirse en una suerte de libre designación; recuerda la reforma del *artículo 326.2 de la LOPJ* por la Ley orgánica 4/2018, de 28 de diciembre y cita la jurisprudencia de esta Sala que viene controlando la discrecionalidad de nombramientos como el que impugna. En concreto aduce que el magistrado elegido no supera al recurrente en el tiempo de servicio activo en la carrera judicial, en el tiempo de ejercicio en órganos correspondientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo o en el de servicio en órganos judiciales colegiados, lo que compara con datos que toma del escalafón judicial. Reconoce una alta calidad técnica en el magistrado señor Carlos Antonio pero contrapone que el recurrente ha sido ponente en la Audiencia Nacional de sentencias que son habitualmente citadas por la doctrina y han sido objeto de estudio en publicaciones especializadas. Otro tanto ocurre con sus votos particulares, que califica como muy trabajados. No quiere entrar en el detalle de su bibliografía, cursos y actividad docente para los que remite a lo que consta en el expediente administrativo, pero considera que la comparación es abrumadora y claramente favorable al recurrente.

Concluye que el magistrado elegido ostenta objetivamente menores méritos que el recurrente, aunque, dice, sin desconocer sus méritos innegables y concluye afirmando literalmente que "la designación se convierte pues, en un puro voluntarismo inmotivado que el Tribunal Supremo ha proscrito arrojando sobre la misma de manera innecesaria una sospecha de arbitrariedad".

Achaca a continuación falta de motivación al acuerdo que impugna, porque

omite cualquier comparación de los méritos objetivables e individualizados de otros candidatos presentados, porque no pone de relieve el puesto en el escalafón del seleccionado ni su condición de magistrado especialista. Destaca que el seleccionado es el último del escalafón de los magistrados aspirantes (el 22 entre 22) y tan sólo se encuentra por delante de uno en su condición de magistrado especialista, por lo que no resistía comparación alguna. Otro tanto aduce respecto de los años de experiencia en la jurisdicción y en órganos colegiados reprochando que el acuerdo no ofrece el más mínimo contraste curricular con los demás candidatos. Cree que esta ausencia de valoración de los méritos de los demás Magistrados que compiten a la plaza arroja una sospecha de arbitrariedad y subraya que los medios adelantaron el nombramiento de quien iba a resultar elegido antes de que se votara la decisión por el Pleno. Concluye que el CGPJ debe volver a razonar su propuesta explicando las razones que llevan a su decisión.

Por último, hace una exposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende aplicable, con una exposición que se valorará en los fundamentos de Derecho.

SEXTO.- El Abogado del Estado contestó la demanda en escrito de 25 de marzo de 2019, en el que pide que se desestime íntegramente.

Subraya que el recurrente no cuestiona que el candidato elegido cumple todos los elementos reglados definidos en el base 1ª de la convocatoria respecto a la categoría de magistrado mediante pruebas de selección en el orden contencioso-administrativo y al menos cinco años de servicio en la categoría de magistrado y no menos de quince en la carrera judicial.

Tampoco se cuestiona que el nombrado reúne el nivel de excelencia en cuanto a los criterios de mérito y capacidad y sólo se discrepa de la elección desde la perspectiva de la comparación de méritos y en la superioridad que afirma el demandante frente a los méritos del elegido.

Recuerda que, sin embargo, se encuentra reconocida jurisprudencialmente la capacidad del CGPJ de elegir entre los candidatos que cumplen el nivel de excelencia a uno de entre ellos mediante una valoración de conjunto de sus méritos u otorgando preferencia a uno o alguno de los méritos alegados. Considera que el problema de autos no es el de una comparación de méritos sino el de la motivación del acuerdo; es decir que el CGPJ debe explicar las causas por las que efectúa el nombramiento y que éstas resulten ciertas y razonables.

Sostiene que el acuerdo recurrido, que transcribe en los particulares de interés, cumple con la motivación exigible porque enumera en forma exhaustiva los méritos que concurren en el elegido y detalla las causas por las que el nombramiento ha recaído en el magistrado señor Carlos Antonio. Pone de relieve que la motivación de los méritos de los candidatos no elegidos sí constan en las propuestas elevadas al Pleno por la Comisión Permanente, pero que ni la convocatoria ni las normas reguladoras de este tipo de nombramientos exigen que figuren además en el acuerdo del Pleno por el que se propone al candidato elegido. El procedimiento de provisión de plazas de Magistrado en el DIRECCION000 no es un concurso de méritos sujeto a baremo (*sentencias de 29 de mayo de 2006 y 7 de febrero de 2011*) por lo que no son determinantes los datos cuantitativos, sino los cualitativos.

SÉPTIMO.- Por diligencia de 27 de marzo de 2019 se dio traslado a la

representación del codemandado, don Carlos Antonio, para contestar la demanda.

En escrito de 2 de abril de 2019 puso de manifiesto que en la remisión del expediente se había omitido la resolución del recurso de reposición 367/2018, presentado contra el acuerdo impugnado y desestimado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 20 de diciembre de 2018, anterior a la fecha de remisión del expediente de 17 de enero de 2019. Al amparo del *artículo 55.1 de la LJCA*, pidió que se requiriese al Consejo General del Poder Judicial para que completase el expediente, dada la relevancia de la resolución omitida, con suspensión del plazo para contestar y con devolución del expediente entregado.

El 10 de abril siguiente se completó el expediente con el relativo al recurso de reposición 367/2018 y se acompañó el emplazamiento efectuado (*artículo 49 LJCA*).

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 12 de abril de 2019 se alzó la suspensión acordada y se dio traslado a la representación procesal del recurrente, don Roman, del expediente y de los antecedentes recibidos a fin de que, en el plazo de veinte días, ampliase su escrito de demanda, si convenía a su derecho.

NOVENO.- Por escrito de 6 de mayo de 2019 la representación del actor, don Benigno, manifestó que se ratificaba en su escrito de demanda y que no consideraba necesario realizar alegaciones complementarias a la misma. Todo ello con devolución del original del expediente entregado a la actora.

DÉCIMO.- Devuelto el expediente se dio traslado al Abogado del Estado para que ampliase o modificase su escrito de contestación, también con entrega del expediente, a lo que respondió en escrito de 18 de junio de 2019 alegando que no estimaba necesario modificar su contestación.

UNDÉCIMO.- Dado nuevo traslado para contestar la demanda a la representación de don Carlos Antonio el 26 de junio de 2019, lo hizo en escrito de 24 de julio de 2019 en el que pidió que se desestimase el recurso y se condenase en costas al recurrente.

Sostiene que la resolución impugnada es conforme con las bases de la convocatoria y con los principios constitucionales de aplicación.

Cree impropio de un recurso jurisdiccional poner en cuestión el sistema de nombramientos y el margen de discrecionalidad que la LOPJ reconoce al CGPJ y también que se invoque la reforma del *artículo 326.2 LOPJ* por la LO 4/2018, de 28 de diciembre, siendo evidente que es posterior a la convocatoria del procedimiento e inaplicable a este caso.

Sostiene que no es admisible defender que la antigüedad sea determinante del nombramiento, porque se prescindiría de las bases a que se somete el procedimiento y se intenta transformar en un concurso lo que no lo es.

Entiende que las bases han sido correctamente aplicadas por el CGPJ, al que la jurisprudencia de esta Sala reconoce un amplio margen en la facultad de apreciación de los méritos para los nombramientos judiciales, que ha de ser discernible a partir de la motivación del acuerdo, de forma que se pueda descartar el capricho, la arbitrariedad o la desviación de poder.

El currículum del codemandado ha permitido apreciar la alta calidad técnica de sus sentencias en diversos ámbitos de la actividad de la Sala NUM000 del DIRECCION000 y en su conocimiento del Derecho de la Unión Europea. Todo ello se ha ponderado con su antigüedad en la carrera; afirma que su rendimiento en dicha actividad es mayor y más intenso que el del recurrente, ya que, dice, ha dictado 814 sentencias más que él. A ello se añaden las actividades complementarias entre las que destaca la dirección del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (*artículo 61 quáter LOPJ*) en la que fue director y fue superior del propio recurrente.

Sostiene que la resolución ha sido motivada correctamente y analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la misma con un resultado contrario al que afirma la demanda. Cree que, aun no siendo necesario, el acuerdo evidencia una mecánica comparativa de los méritos del codemandado con los de los demás candidatos, como acontece con el número de sentencias dictadas. Concluye que la motivación es exhaustiva con relación al candidato; no se fundamenta en un solo dato o circunstancia y, en el marco de la excelencia jurisdiccional, detalla la valoración de méritos concretos que además analiza comparativamente desde el momento que advierte que otros candidatos los "pueden acreditar aisladamente" pero que "no concurren conjuntamente en ningún otro".

Por otrosí pide el recibimiento a prueba, para que se acrediten los periodos en los que el demandante estuvo en servicio activo o en otras situaciones y los periodos en los que ha servido en el CGPJ o en cualquier otra Administración desempeñando tareas no jurisdiccionales. Asimismo, para que se acredite mediante certificación del CGPJ que el codemandado ha dictado entre el año 1996 y 2017 un total de 3.373 sentencias.

DUODÉCIMO.- Por Decreto de 24 de julio de 2019 se fijó la cuantía en indeterminada y por Auto de 24 de septiembre de 2019 se recibió el procedimiento a prueba, practicándose la documental y más documental admitida con el resultado que obra en el rollo y que se dirá.

DÉCIMOTERCERO .- Se dio traslado para conclusiones escritas el 7 de noviembre de 2019, que evacuaron las partes, dando por reproducidas las alegaciones de su demanda y de la contestación a la misma y valorando el resultado de la prueba solicitada por la representación del codemandado.

DÉCIMOCUARTO.- Conclusas las actuaciones en providencia de 18 de febrero de 2020 la Sala acordó, de oficio, la práctica de la prueba documental consistente en requerir al Consejo General del Poder Judicial la remisión en el plazo de diez días de testimonio del voto particular emitido por el Vocal de Consejo General del Poder Judicial Excmo. Sr. don Enrique Lucas Murillo de la Cueva en la sesión celebrada el 24 de julio de 2018, disponiendo que, una vez recibido, se diera traslado a las partes por tres días para alegaciones.

DÉCIMOQUINTO.- Incorporado dicho voto particular a los Autos, resulta que el mismo interpreta la expresión "mayoría simple de los miembros presentes" del *artículo 630.1 LOPJ* , y considera que no se habría obtenido la mayoría exigida en dicho artículo en el Acuerdo impugnado, porque la designación del señor Carlos Antonio no ha superado los 10 de los 21 miembros que participaron en las deliberaciones del Pleno.

DÉCIMOSEXTO.- Dado traslado a la parte recurrente alega que asume en su integridad el voto particular discrepante emitido y considera que se habría infringido el régimen de mayorías recogido en el *artículo 630.1 LOPJ* y *44 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial de 22 de abril de 1986* . Cree que se trata de una cuestión de orden público apreciable de oficio por el Tribunal y que el voto particular no constaba en el expediente administrativo, lo que aduce que le ha causado indefensión. Se queja también de que la práctica extemporánea de la prueba genere un retraso en la tramitación del recurso.

DÉCIMOSEPTIMO.- El Abogado del Estado pone de relieve, en sus alegaciones, que la cuestión que se plantea en el Voto particular aportado aparece ya abordada y resuelta en sentido negativo en el FJ 5º de la *STS 420/2017, de 10 de marzo* , que admite los votos en blanco en los nombramientos discrecionales, y que, en consecuencia, dado que el acuerdo en cuestión se adoptó por 10 votos a favor del nombrado, de los 21 Vocales presentes, era suficiente el quórum porque hubo tres votos en blanco y el candidato que quedó en segundo lugar sólo obtuvo 8 votos.

DÉCIMOCTAVO.- La representación del codemandado pone de relieve que las reglas de cómputo de los votos necesarios para efectuar un nombramiento son las anteriores a la redacción del *artículo 630.1 de la LOPJ* conforme a la LO 4/2018; que, de acuerdo con lo que sostiene el voto particular, encontrándose presentes 21 miembros del Pleno la adopción de un acuerdo requeriría 11 votos en el mismo sentido pero que, siendo ese su contenido, el voto particular no es discrepante porque el propio vocal que lo emite reconoce en forma expresa que votó en favor del candidato señor Carlos Antonio. Concluye que, en todo caso, el voto es intrascendente porque contradice lo declarado por *la Sala en la STS 420/2017, de 10 de marzo* . El nombramiento, en esos términos, lo obtuvo el candidato que consiguió más votos, que fue el señor Carlos Antonio.

DÉCIMONOVENO.- En providencia de 9 de marzo de 2020 se señaló para la votación y fallo del recurso por primera vez la audiencia del día 25 de marzo 2020.

Tuvo lugar dicho acto procesal la audiencia del día 28 de mayo de 2020, primera ocasión en la que se pudo producir, como consecuencia de la paralización de plazos y actuaciones procesales motivada el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el acrónimo COVID-19 (*Coronavirus disease 2019*).

En el acto de deliberación y fallo, al no conformarse con el voto de la mayoría, el Magistrado ponente Excmo. Sr. Don Nicolás Maurandi Guillén, declinó la redacción de esta resolución, debiendo formular su voto particular a la misma (*artículo 206.1 LOPJ*).

En dicho acto el Presidente de la Sala encomendó la redacción de la sentencia al Magistrado Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, conforme a lo establecido en el *artículo 206. 2 LOPJ* , quien actúa como ponente para este acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso se dirige contra el nombramiento que promueve a la categoría de Magistrado de la Sala NUM000 del DIRECCION000 a don Carlos Antonio. Se ha producido por el Real Decreto 1028/2018, de 24 de agosto (BOE nº 221 de 12 de septiembre siguiente) que, conforme a lo que establece el *artículo 634.1 de la LOPJ*

, adopta la forma de un Real Decreto firmado por el Rey y refrendado por el Ministro de Justicia.

Como se desprende del extracto de antecedentes, se formulan dos motivos de impugnación que hemos de resolver conforme a las alegaciones concretas que se formulan en la demanda. Las consideraciones críticas de carácter general que se efectúan en la demanda sobre el sistema de nombramientos son de carácter abstracto y quedan al margen de nuestra respuesta, porque carecen de todo relieve para esta resolución. También es irrelevante la reforma del *artículo 326.2 de la LOPJ* producida por la Ley orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, a la que se refiere la demanda, que es inaplicable a este recurso como posterior en el tiempo.

SEGUNDO.- La demanda hace una exposición de la jurisprudencia de esta Sala sobre el control de los nombramientos del Consejo General del Poder Judicial que es aceptable, aunque con la matización esencial de que no es equiparable el control de la discrecionalidad de un simple órgano de la Administración Pública con el del ejercicio de las potestades de nombramiento de un magistrado del DIRECCION000, producida por el órgano constitucional previsto en el *artículo 122.2 CE*, que actúa en el ejercicio de una función constitucional peculiar.

Nuestra jurisprudencia es constante al subrayar que el Consejo General del Poder Judicial tiene amplísimas facultades de valoración y elección en los nombramientos de carácter discrecional que efectúa. Así se reconoce, por ejemplo, en la *sentencia de la antigua Sección Séptima de 12 de junio de 2008 (Rec. 184/2005)* o en la de Pleno de 12 de junio de 2008 (Rec. 372/2008) que invoca el propio recurrente. Una de las *sentencias, que también se invocan en la demanda, la de Pleno 1033/2016, de 10 de mayo (Rec.189/2015)* sintetiza en forma clara nuestra doctrina en estos términos, al recoger la de las *sentencias del Pleno de 4 de febrero de 2011 y de 7 de febrero (Recs. 588/2009 y 343/2009)*:

«No nos ofrece dudas la constatación de la plena legitimidad constitucional de la amplia libertad de apreciación de que goza el Consejo General del Poder Judicial a la hora de efectuar nombramientos como el ahora examinado, pues no sería fácilmente comprensible que siendo uno de los fines de los constituyentes al erigir tan complejo órgano constitucional el de asegurar la independencia en el nombramiento de los jueces y magistrados, se le hubiese limitado a convertirse en una mera comisión calificadora de automática y objetivada computación de méritos, excluyéndole de hacer valoraciones de conveniencia institucional, a él confiadas precisamente por razón de su origen, rango y compleja composición».

La jurisprudencia también señala en forma no menos constante que, como es obvio en un Estado social y democrático de Derecho (*artículo 1.1 CE*), la libertad del Consejo General del Poder Judicial no puede determinar en modo alguno la inexistencia de control jurisdiccional de esas decisiones, que corresponde a esta Sala. Resulta así una jurisprudencia que, como bien subraya el Abogado del Estado, hemos denominado evolutiva o "en tránsito", cuyos resultados han sido recogidos por el propio Consejo General del Poder Judicial, en un ejercicio de autolimitación, que se refleja por lo que ahora importa en el *artículo 5 y sus concordantes del Reglamento 1/2010, de 25 de febrero*, de provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.

Los límites de control, conforme a esa jurisprudencia, no ofrecen dudas de interés en este caso porque en la primera impugnación se achaca al nombramiento la

vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad (*artículo 23.2 CE*) así como del mandato de prohibición de la arbitrariedad (*artículo 9.3 CE*). Todas las sentencias anteriormente citadas han admitido estos aspectos como claramente susceptibles de enjuiciamiento por este Tribunal.

TERCERO.- La demanda no discute que se cumplen en el caso todos los elementos reglados del nombramiento, que establece la base primera de la convocatoria de 26 de abril de 2018 (BOE *nº 105, de 1 de mayo*) con remisión a lo establecido en los *artículos 343 y 344 a*) de la LOPJ , tratándose de un nombramiento correspondiente al turno de magistrados especialistas.

La controversia se centra en el cumplimiento de la base quinta de la misma convocatoria, que, en obligada armonía con lo dispuesto en el *artículo 5 del Reglamento 1/2010* , establece:

«Para la provisión de la plaza anunciada serán objeto de valoración preferente los méritos reveladores del grado de excelencia alcanzado en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo serán objeto de ponderación el tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el tiempo de ejercicio en órganos correspondientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados. Como méritos complementarios a los anteriores se tendrán en cuenta el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia».

La demanda, tras transcribir esta base, incurre en el error de interpretarla pretiriendo su primer inciso (que es un apartado independiente y distinto en el *artículo 5 del Reglamento 1/2010* , bajo el número 1) y que se refiere a la existencia de « *méritos reveladores del grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional* ». Su razonamiento los confunde, en una valoración singular, con méritos que la base de la convocatoria considera en un segundo lugar, - por lo que forman así parte del artículo 5.2 del citado Reglamento - y que, en la base quinta, se contemplan como meros *elementos de ponderación* . La demanda destaca entre ellos, y nos trae a colación, el mérito de los tiempos prestados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Todo ello porque el recurrente sostiene que es superior, en su valoración subjetiva de esos méritos, a los que ostenta el señor Carlos Antonio, esgrimiendo, en ese análisis comparativo, la posición preferente del demandante en el escalafón de la carrera judicial (número NUM001 del escalafón general y número NUM002 en el de especialistas) con el puesto inferior del señor Carlos Antonio (escalafón general n.º NUM003 y número NUM004 del de especialistas) y la posición escalafonal distinta de ambos como magistrados especialistas, nuevamente con ventaja para el recurrente.

Ese razonamiento es contrario a nuestra doctrina y no prospera porque pretende imponer el principio, ajeno al Reglamento y a la base quinta de la convocatoria, de que el nombramiento se decida por antigüedad en el escalafón o en el escalafón de especialistas. Si se aceptase ese razonamiento se alteraría el sentido de la base que parte, por el contrario, del principio fundamental (que por eso se destaca en el Reglamento en el artículo 5.1) del mérito consistente en el *grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional* .

Si el criterio fuese el de estricta antigüedad, que defiende la demanda, estaríamos ante un ámbito casi reglado de competencias - del *artículo 4 del*

Reglamento en relación con los artículos 343 y 344 a) de la LOPJ - en las que el Consejo tendría un margen muy escaso de apreciación. No estamos ante un concurso de méritos ni existe una baremación de los mismos. El único elemento reglado que se refiere a la antigüedad es el que establece la base 1ª, que la parte recurrente no discute que se cumpla en el caso del codemandado, y que, una vez cumplido, nos lleva al artículo 5, cuyo criterio esencial es el de los « *méritos reveladores del grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional* ». La demanda pretende imponer, en fin, un criterio, el de la antigüedad, al margen del artículo del Reglamento y de las bases.

La doctrina de la *sentencia del Pleno 1136/2017, de 27 de junio (Rec. 4942/2016)* sienta el criterio de que la comparación aislada de méritos no puede negar al Consejo una facultad razonable de valoración del conjunto de todos ellos o establecer la preferencia de uno o de alguno respecto de los demás.

Todo ello sin dejar de apreciar, además, el resultado de la prueba practicada en autos en la que el señor Carlos Antonio enerva, si necesario fuera, el valor que la demanda quiere atribuir a la antigüedad en el escalafón como valor esencial singular, al demostrar que en su periodo de ejercicio jurisdiccional, aunque sea más breve, ha dictado más sentencias que la parte demandante y que el recurrente ha desempeñado también funciones por las que no ha estado en la situación de servicio activo en la carrera judicial, lo que relativiza el valor de la jurisprudencia invocada a tal efecto en la demanda, que es además inaplicable al caso.

CUARTO.- Las *sentencias de esta Sala de la que son referencia las 1087/2018, de 26 de junio (Rec. 520/2017)* ó *1770/2017, de 20 de noviembre (Rec. 3934/2015)* niegan, en contra de lo que sostiene la demanda, la procedencia de que nuestra revisión jurisdiccional pueda sustituir las valoraciones de conjunto del Consejo General del Poder Judicial.

Nuestra doctrina ha mostrado siempre el respeto más absoluto al núcleo de la discrecionalidad de la decisión de nombramiento; es decir, aquél en el que la apreciación por el Pleno del CGPJ responde a méritos que representan opciones igualmente válidas en Derecho. Hemos afirmado en tal sentido que, una vez comprobado jurisdiccionalmente que los candidatos alcanzan niveles de excelencia en cuanto a los criterios de mérito y capacidad, el Consejo General del Poder Judicial conserva un margen de discrecionalidad indudable, siempre que se respete la sujeción a los elementos reglados que sean de aplicación para nombrar al candidato que considere idóneo. Este principio es básico en materia de nombramientos y su aplicación debe procurar que, en su revisión jurisdiccional, una comparación aislada de méritos, como la que se propone en la demanda, no niegue al Consejo General del Poder Judicial una razonable facultad de valoración del conjunto o una preferencia de uno o algunos de los méritos alegados.

En efecto, es doctrina de esta Sala la de que "la libertad del Consejo comienza una vez que se haya rebasado ese umbral de profesionalidad exigible y tiene múltiples manifestaciones, porque una vez justificada que existe esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad quién es el que finalmente debe ser nombrado". (*STS de 1 de junio de 2012, recurso contencioso-administrativo nº 564/2010*).

El recurrente admite, en este caso, que "el magistrado don Carlos Antonio cuenta con un brillante currículum que no se discute" (fundamento cuarto de su demanda), lo que reitera en sus conclusiones. El acuerdo recurrido pone de relieve, además, sin desdoro alguno de los méritos jurisdiccionales que alega el demandante, que el órgano de nombramiento ha apreciado en el señor Carlos Antonio méritos reveladores de su excelencia en el ejercicio estricto de la función jurisdiccional en la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la diversidad de materias de que ha conocido en el desempeño de su labor jurisdiccional y la complejidad de los asuntos, sobradamente conocida, que ha abordado. La demanda no enerva estos fundamentos, lo que lleva a desestimar este motivo y nos conduce al segundo motivo de impugnación, que achaca al nombramiento un déficit de motivación.

QUINTO.- El segundo motivo de impugnación indica los cuatro criterios de motivación que dimanar de la doctrina repetida de *esta Sala [vid, por todas, sentencia de la antigua Sección Séptima de 12 de junio de 2008 (Rec. 184/2005)]* y que se recogen hoy en el *artículo 16 del Reglamento 1/2010* .

La presencia de una motivación en el acto discrecional resulta imprescindible en nuestra doctrina para constatar si resulta o no ajustado al ordenamiento jurídico (por todas, *sentencia 1033/2016, de 10 de mayo (Rec. 189/2015)*). Conforme a nuestra doctrina no es válida cualquier motivación, sino solo aquella que representa una justificación objetiva de la decisión adoptada, que revela la adecuación a la finalidad para la que el ordenamiento jurídico otorga la potestad al CGPJ.

La motivación del acuerdo recurrido satisface de forma adecuada todas las exigencias que dimanar de nuestra jurisprudencia tanto en el criterio de excelencia en el ejercicio estricto de las funciones jurisdiccionales como en los aspectos complementarios, que se enumeran en forma prolija y separada.

La motivación pone de manifiesto en forma extensa y detallada el alto grado de excelencia que concurre en el candidato que, en una valoración conjunta determinó el nombramiento, lo que entra en el margen de valoración discrecional del Consejo, por lo que no incurre en déficit alguno de motivación.

Se queja el recurrente de la ausencia de motivación de los méritos de los candidatos no elegidos, pero la misma consta en las propuestas elevadas al Pleno por la Comisión Permanente sin que las normas reguladoras ni la convocatoria exijan que deban figurar también en el acuerdo del Pleno.

Por lo que se refiere a la valoración del tiempo de servicio activo el acuerdo de la Comisión Permanente de 17 de julio de 2018 que elevó al Pleno una propuesta de candidatos que incluía al señor Carlos Antonio expresó que:

«No cabe ignorar que otro/as candidatos/as, además de los propuestos por la Comisión podrían haber sido incluidos en la terna, incluso con una buena o incluso mejor situación en el escalafón de la Carrera Judicial y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

Esa circunstancia revela que el Consejo valoró el tiempo de ejercicio de cada uno de los aspirantes tanto en la carrera judicial como en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

SEXTO.- Como diligencia final la Sala ha recabado de oficio el Voto particular emitido por un Vocal del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que, una vez aportado, resulta que insiste en una interpretación de la expresión " *mayoría simple de los miembros*", que exigía el *artículo 630 LOPJ*, en la versión aplicable a este caso (que es la anterior a la reforma de la Ley orgánica 4/2018, de 28 de diciembre).

La tesis que se sustenta en el voto particular, según el cual el *quórum* funcional para la válida aprobación de los acuerdos del Consejo requeriría la mitad más uno de los miembros presentes del Consejo, lo cual implicaría que, de estar presentes 21 miembros, el elegido debería obtener al menos 11 votos no es atendible dada la doctrina que hemos sentado en la *STS 420/2017, de 10 de marzo (Rec. 4602/2016)*, que aquí ratificamos.

El resultado de la prueba practicada ha sido irrelevante porque: i) la tesis del voto particular ha sido rechazada fundadamente en la sentencia que se acaba de citar; ii) el vocal que emitió el voto era consciente de dicha sentencia, manteniendo su posición únicamente por coherencia y no por expresar una causa de nulidad del acuerdo y iii) el voto no es discrepante, porque el Vocal que lo emite exterioriza que votó a favor de la candidatura del señor Carlos Antonio.

Sin perjuicio de que, a efecto de su control por esta Sala todos los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial deben ir acompañados siempre de sus votos particulares, el resultado de la prueba acordada de oficio no ha producido la indefensión que aduce el demandante porque: i) la cuestión ya fue planteada y resuelta en el expediente administrativo con ocasión del recurso de reposición planteado contra el acuerdo de nombramiento por don Justo, en el que tuvieron intervención los demás candidatos y el propio recurrente (folio 32 y s. del complemento del expediente) y se dio al mismo audiencia tanto tras la diligencia final como tras la ampliación del expediente (NUM005), sin que considerase conveniente modificar su impugnación.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo establecido por el *artículo 139.1 de la LJCA* procede efectuar expresa imposición de costas a la parte recurrente, al rechazarse todas sus pretensiones y no apreciar razones para no hacerlo.

Atendiendo a lo resuelto en casos similares se fija, a efectos del *artículo 139.4 LJCA*, una cantidad máxima de dos mil euros, excluido el IVA, en su caso para cada una de las dos partes recurridas.

Por lo expuesto,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Roman contra el Real Decreto 1082/2018, de 24 de agosto, por el que se promueve a la categoría de Magistrado de la Sala NUM000 del DIRECCION000 a don Carlos Antonio, desestimando íntegramente, en consecuencia, la demanda.

Con costas, en los términos del último fundamento.

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

Así se acuerda y firma.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Segundo Menéndez Pérez D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Eduardo Espín Templado

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN A LA SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN SEXTA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 423/2018, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ.

Discrepo de la sentencia mayoritaria porque creo que el fallo debía haber sido estimatorio, con anulación del nombramiento objeto de impugnación y retroacción de las actuaciones administrativas, a fin de que el Consejo General del Poder Judicial, con carácter previo al acto final de nombramiento, evaluara a la totalidad de los candidatos en los términos que más adelante se expresarán.

Vaya por delante que reconozco de manera expresa que don Carlos Antonio posee mérito y capacidad en el grado de excelencia que resulta exigible para acceder al Tribunal Supremo; y lo posee además en un muy alto nivel.

Pero la cuestión a dilucidar en este litigio no era ésa sino esta otra: si el Consejo evaluó comparativamente los méritos y las capacidades de la totalidad de los candidatos según exige el postulado constitucional de igualdad, que, además de ser un valor superior del ordenamiento jurídico (*artículo 1 de la Constitución -CE -*), constituye el contenido de un derecho fundamental que asiste a la totalidad de los magistrados que aspiraron a la misma plaza (*artículo 14 CE*).

Y la respuesta es que esa exigencia constitucional no fue cumplida, porque el examen de las actuaciones litigiosas no ofrece datos objetivos para constatar que se efectuara, de manera efectiva y real, esa evaluación comparativa que constitucionalmente es necesaria.

Mi disensión la apoyo en los razonamientos que seguidamente expreso.

PRIMERO.- *Síntesis inicial de las principales razones que, en mi criterio, hacen jurídicamente inaceptable la motivación que desarrolla la sentencia mayoritaria para justificar la validez del acto de nombramiento que es objeto de impugnación.*

Dicha sentencia sustenta básicamente su decisión en la idea principal de que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) es un órgano constitucional, y con un amplio

margen de libertad para el ejercicio de su competencia en materia de nombramientos discrecionales de altos cargos judiciales.

Y asume la tesis de que se trata de una libertad tan extensa que se viene a traducir en la posibilidad de nombrar libremente a quien se decida, con tan sólo constatar que la persona elegida posee un nivel de excelencia jurisdiccional; y sin necesidad de justificar que fue analizada la trayectoria jurisdiccional de los restantes candidatos siguiendo las mismas pautas cualitativas de evaluación, ni de reflejar cuál fue el resultado que cada uno de ellos obtuvo en ese examen comparativo.

Esa idea actualmente no puede ser compartida, porque supone admitir que un poder del Estado, en materia de cargos de contenido profesional y totalmente ajenos a cualquier elemento de confianza política, tiene un margen de decisión que permite saltarse incluso el derecho fundamental a la igualdad. Un derecho que, como ya he afirmado, impone que cualquier nombramiento regido por los criterios de mérito y capacidad, constitucional y legalmente establecidos, vaya precedido del examen contrastado de todos los candidatos.

Admitir la discrecionalidad con ese altísimo nivel de extensión supone ignorar que los jueces y magistrados son ciertamente titulares de una potestad jurisdiccional, pero son también empleados públicos con un régimen legal estatutario de derechos y obligaciones, entre los que se encuentra el derecho a la promoción profesional que significa el acceso al Tribunal Supremo según las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Conlleva también desconocer que el CGPJ es el órgano encargado de la gestión o aplicación de ese estatuto profesional legalmente establecido; y que, en este cometido específico de gestión de un estatuto legalmente establecido, viene obligado, en términos absolutos, a la observancia de los postulados constitucionales de que venimos hablando [al igual que sucede con el Gobierno, que es también un órgano constitucional, en relación con los funcionarios públicos cuando ejerce la jefatura superior de la Administración General del Estado].

Pues no puede olvidarse que, en esta materia de gestión de un estatuto legal profesional, la competencia residenciada en el Consejo lo es a fin de apartar a jueces y magistrados de la órbita del Poder Ejecutivo para preservar su independencia; pero no para privarles de derechos que, por imperativo constitucional, son comunes a todos los cargos públicos profesionales

La sentencia mayoritaria efectúa un análisis muy incompleto, como también tributario en exceso de planteamientos de puro nominalismo legalista, de las cuestiones implicadas en la actual controversia. Una controversia que, por la trascendencia y complejidad que revela, exigía un enjuiciamiento más profundo y completo.

Así acontece desde el momento en que no aborda, o lo hace de manera insuficiente, aspectos tan importantes como son, entre otros, los siguientes:

(i) el factor de deslegitimación social de nuestro sistema judicial que ha significado la práctica de los nombramientos judiciales discrecionales (hasta el punto de que el legislador se hace cargo de él en el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2018);

(ii) el concepto de poder público en una sociedad democrática avanzada y su

distinta proyección según se trate de cargos de confianza política o profesionales;

(iii) La diferencia existente, dentro de los nombramientos para cargos públicos profesionales, entre los que tienen establecido el sistema de nombramiento discrecional o libre designación y aquellos otros para los que está dispuesto el sistema de concurso; y la necesaria la operatividad de las tan mencionadas exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en uno otro sistema;

(iv) la doble significación individual e institucional que tiene esa evaluación comparativa que demanda el principio de igualdad.

(v) el contenido de la motivación exigible para justificar que la prioridad otorgada al candidato nombrado ha estado presidida por los principios de mérito y capacidad y no ha incurrido en un voluntarismo contrario a la interdicción de arbitrariedad;

(vi) La necesaria evaluación comparativa de las circunstancias expresivas del mérito y capacidad concurrentes en cada uno de los candidatos que participen en la convocatoria: (a) como exigencia del principio constitucional de igualdad; y (b) como medida obligada para que no resulte quebrantada la confianza social en el correcto funcionamiento de las instituciones (elemento esencial para la efectiva vigencia social del modelo constitucional de convivencia llamado Estado Derecho); y

(vii) los distintos espacios que en esa clase de nombramientos corresponden al Consejo General del Poder Judicial y al control jurisdiccional que ha de ejercer esta Sala Tercera del Tribunal Supremo (control que está concretamente referido a los límites de la discrecionalidad que corresponde al Consejo).

Al proceder de esa manera, la sentencia mayoritaria se sitúa, de un lado, en un abstracto y formal legalismo que es contrario al esquema axiológico y conceptual que el constituyente asumió en materia jurídica (no en vano nuestra norma fundamental habla de Derecho y ordenamiento, y no sólo de ley).

De otro, parece abdicar del control jurisdiccional exhaustivo que corresponde a esta Sala de lo Contencioso Administrativo frente a decisiones del Consejo definidas como judicialmente impugnables por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por la Ley reguladora de este orden jurisdiccional.

Tampoco puede dejar de señalarse que la solución que asume la sentencia puede causar también un efecto devastador en la carrera judicial, al llevar a la convicción de muchos jueces que el resultado del esfuerzo por realizar bien su trabajo jurisdiccional no será ponderado en condiciones de igualdad; y que esa falta de incentivos incidirá negativamente en el derecho de tutela judicial efectiva, pues sin ellos podrá resentirse la cota de calidad profesional que mejor da satisfacción a ese derecho fundamental.

Éstas son las principales razones de mi discrepancia, cuyo desarrollo y explicación más detallada efectúo a continuación.

SEGUNDO.- *Consideraciones sobre la polémica suscitada por los nombramientos discrecionales de altos cargos judiciales efectuados por el Consejo General del Poder Judicial*

La actuación que sobre nombramientos judiciales discrecionales ha seguido el Consejo General del Poder Judicial es una de las cuestiones que más polémica social ha suscitado en torno a dicho órgano constitucional, y es uno de los principales factores de la deslegitimación que ante la opinión pública ha presentado nuestro sistema judicial. Lo evidencia alguno de los informes que fueron emitidos a principios de la actual década por el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO).

Ese alto nivel de polémica se ha dado también en el ámbito de la doctrina científica. Basta citar a este respecto el *Liber amicorum* que se publicó con motivo de la jubilación de uno de nuestros más afamados administrativistas, en el que se comprueba que la cuestión sobre el control jurisdiccional de los nombramientos judiciales discrecionales es un tema estrella en los estudios actuales de Derecho Administrativo.

La polémica ha existido también en el interior de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional. Así lo demuestra el último proceso sobre nombramientos judiciales discrecionales que fue conocido por el Pleno de dicha Sala Tercera, pues ésta prácticamente se dividió por mitad en las dos sentencias sucesivas que en dicho proceso se dictaron. Y algo no distinto acaeció en el Tribunal Constitucional que conoció el recurso de amparo posterior, ya que la resolución que lo decidió incorporó el voto particular de un número considerable de sus magistrados.

De esos debate y preocupación también se ha hecho eco el legislador, como revela el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2018 al que más adelante se hará referencia.

Todo lo que antecede pone de manifiesto las múltiples demandas sociales, institucionales y doctrinales hoy existentes que instan a apurar y perfeccionar al máximo las técnicas del control jurisdiccional en litigios, como el que aquí nos ocupa, en los que lo cuestionado es la validez del nombramiento de un alto cargo jurisdiccional que ha sido decidido desde las potestades discrecionales que corresponden al Consejo General del Poder Judicial.

TERCERO.- *El concepto de poder público en una sociedad democrática avanzada; y su distinta configuración según se ejercite para nombramientos estrictamente políticos o para cargos públicos profesionales en los que rigen, de manera inexcusable, los parámetros constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.*

El válido ejercicio del poder público en una democracia avanzada tiene, como una de sus más importantes exigencias, la concerniente a la necesidad de expresar con claridad la concreta razón de interés público que legitima cada una de sus actuaciones, lo que conlleva la consiguiente necesidad de hacer bien visible la concreta justificación de ese ejercicio.

La interdicción de la arbitrariedad del *artículo 9.3 CE*, que obliga sin excepción a todo poder público, es el claro y explícito mandato con el que la Carta Magna formula la anterior exigencia.

Mas lo anterior debe ser inmediatamente completado con una primera diferenciación en lo que se refiere a los nombramientos que pueden de ser efectuados por el poder público.

Hay unos nombramientos de contenido puramente político o extraprofesional

en los que la libertad para efectuarlos es máxima; de manera tal que, una vez observados los estrictos elementos reglados que les sean de aplicación, el control de su acierto o desacierto no corresponde al Poder Judicial sino a las Cámaras parlamentarias y, en último término, al sufragio.

Sin embargo, hay otros nombramientos que tienen un contenido profesional, por ir referidos a Cuerpos del Estado de esta naturaleza, en los que no rige ese nivel de libertad. Y, por el contrario, sí resulta obligado al poder público que los realiza observar de manera inexcusable las pautas constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que proclaman los *artículos 14 , 23 y 103.3 CE* , pues dichas pautas están dispuestas, sin excepción, para todas las funciones y cargos públicos de contenido profesional.

CUARTO.- *La diferencia existente, dentro de los nombramientos profesionales, entre los que tienen establecido el procedimiento de libre designación; y aquellos otros para los que está dispuesto el procedimiento de concurso.*

A esta diferencia alude la *STS de 30 de septiembre de 2009 (recurso 29/2006)* . Y en línea con lo que en esa sentencia fue declarado, debe reiterarse aquí que en ambos sistemas rigen inexcusablemente los principios de mérito y capacidad, diferenciándose el uno del otro tan sólo en la forma de establecerse los méritos y capacidades computables y en el mecanismo previsto para su cuantificación o ponderación relativa.

Así, en el sistema de concurso están rigurosamente tasados o predeterminados, en una norma anterior a la convocatoria, los méritos que han de decidir el nombramiento y el baremo cómo han de ser cuantificados.

Mientras que, en el sistema de libre designación, el poder público que ha de resolver la convocatoria tiene reconocida una amplia libertad para decidir, a la vista de las singulares circunstancias existentes en el puesto de cuya provisión se trate, cuáles son los hechos y condiciones relativos a méritos y capacidades profesionales que, desde la perspectiva de los intereses generales, resultan más idóneos o convenientes para el mejor desempeño del puesto; y también dispone de una considerable discrecionalidad para establecer las reglas que han de medir o escalonar el nivel de esos méritos y capacidades.

Debiéndose subrayar lo que esa misma sentencia que acaba de mencionarse señala sobre lo siguiente:

(i) que la motivación de los nombramientos efectuados por el sistema de libre designación es una exigencia igualmente obligada; y

(ii) que esa motivación ha de ser efectuada con las mismas exigencias que son requeridas por la nueva jurisprudencia para considerar que dicho requisito cumple con el cometido que le incumbe de justificar y hacer visible que, en el nombramiento realizado, se dio un debido cumplimiento a los mandatos constitucionales de interdicción de la arbitrariedad y acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, y se decidió de acuerdo con los principios de mérito y capacidad [*artículos 9.3 , 23.2 y 103.3 CE* ; reiterado este último, en lo que se refiere a la carrera judicial, en los *artículos 301 y 326.1 LOPJ*].

Todo lo anterior debe su finalizarse con estas esenciales conclusiones.

La primera es que en los nombramientos para cargos jurisdiccionales en los que está establecido el sistema de libre designación sí rigen los antedichos parámetros constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

La segunda es que la discrecionalidad que conlleva ese sistema de libre designación opera, como se ha dicho, en el sentido de que corresponde también al órgano de selección establecer la clase de méritos que se consideran prioritarios o procedentes para efectuar el nombramiento (por no estar previamente tasados); y comprende, así mismo, la fijación de las pautas cualitativas de evaluación comparativa en cuanto a cada clase de méritos, estableciendo distintos niveles cualitativos que permitan clasificar a los candidatos en orden a su mayor o menor prioridad para ser nombrados (al no estar tampoco previamente determinado un rígido baremo a estos efectos).

Pero no significa que el órgano de selección pueda nombrar con absoluta libertad y sin seguir unos parámetros que aseguren la objetividad de su tarea de evaluación de los candidatos (como impone el *artículo 103.1 de la Constitución*); por lo que debe quedar expuesto con claridad, previamente a esa evaluación de los candidatos, cuáles son los concretos criterios de mérito y capacidad que van a ser aplicados, y cuáles son las pautas cualitativas que van a ser seguidas, en cada clase de méritos, para comparar a los candidatos y clasificarlos en orden al mayor o menor nivel que presente cada uno de ellos respecto de cada una de las clases de méritos que hayan de ser ponderados.

La tercera es que no cabe hablar de una discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial que sea absoluta y, por ello, esté exenta de control jurisdiccional, ya que la discrecionalidad que efectivamente tiene reconocida ese órgano constitucional sólo opera válidamente a partir del respeto de los mandatos constitucionales que se vienen mencionando.

QUINTO.- *El contenido de la motivación exigible para justificar que la prioridad otorgada al candidato nombrado ha estado presidida por los principios de mérito y capacidad y no ha incurrido en un voluntarismo contrario a la interdicción de arbitrariedad,*

El contenido que resulta exigible a la motivación para que pueda ser considerada válidamente realizada ha de plasmar todo lo siguiente: la específica clase de méritos o capacidades que se consideran relevantes para el puesto de cuyo nombramiento se trata; los datos fácticos que sirvan de soporte objetivo a los méritos que sean apreciados en cada uno de los aspirantes concurrentes en la convocatoria de que se trate; y los criterios o pautas de valoración cualitativa que, mediante la comparación de los aspirantes al puesto o puestos que sean objeto de la convocatoria, hayan conducido a considerar que los méritos o capacidades del candidato nombrado son superiores a los de los restantes candidatos.

Lo cual supone, paralelamente, que no puede considerarse correctamente cumplido ese requisito de motivación cuando esta se materializa tan sólo en calificaciones abstractas y globales que no concretan las singulares circunstancias del candidato a la que son referidas; o tampoco expresan los criterios cualitativos de evaluación que han sido seguidos para comparar a los candidatos en una misma clase de mérito o capacidad y, tras esa comparación, apreciar el mayor nivel en el que concurre en cada uno de ellos.

La jurisprudencia de esta Sala así lo viene exigiendo tanto para nombramientos de magistrados del Tribunal Supremo, como en los procesos de selección seguidos en cuerpos funcionariales que conllevan un amplio margen de apreciación.

En materia de nombramientos de magistrados del Tribunal Supremo es especialmente significativa la *STS de 27 de noviembre de 2007, rec. 407/2006* .

Y es expresiva de la misma doctrina la *STS de 19 de mayo de 2008, rec 4049/2004* , referida a un concurso de provisión de plazas de Profesor Titular de una Universidad.

SEXTO.- *La necesaria evaluación comparativa de las circunstancias expresivas de mérito y capacidad concurrentes en cada uno de los candidatos que participen en la convocatoria: (a) como exigencia del principio constitucional de igualdad; y (b) como medida obligada para que no resulte quebrantada la confianza social en el correcto funcionamiento de las instituciones (elemento esencial para la efectiva vigencia del modelo constitucional de convivencia llamado Estado de Derecho.)*

I.- La doble significación individual e institucional que tiene esa evaluación comparativa.

Esa evaluación comparativa viene demandada por el principio de igualdad, que encarna al mismo tiempo un valor superior constitucionalmente proclamado (*artículo 1 CE*) y el contenido de un derecho fundamental (*artículo 14 CE*).

Representa, por tanto, un interés individual constitucionalmente tutelado; y esto, por sí solo, es bastante para que esa evaluación comparativa resulte obligada.

Pero tal evaluación comparativa tiene también un significado institucional en lo que hace a nuestro sistema judicial.

Se trata de un significado muy conectado con el debido funcionamiento de nuestro modelo constitucional de convivencia que es el Estado de Derecho, pues este, como tantas veces ha sido declarado, se asienta en la confianza de la ciudadanía en el correcto funcionamiento de sus instituciones y, más particularmente, en la actuación regular de todo lo que concierne al poder judicial.

Y esa confianza se quiebra cuando la objetividad de la designación discrecional de altos cargos judiciales exterioriza rasgos de duda. Lo que acontece cuando el proceso de nombramiento no es totalmente transparente en sus criterios, o en la igualdad de trato que ha de ser dispensada a todos los candidatos concurrentes en cuanto a que el examen de sus circunstancias profesionales y su trayectoria jurídica haya sido real y efectivamente realizado.

II.- La graves consecuencias que se pueden derivar de la no realización de ese examen efectivamente comparativo de todos los candidatos concurrentes en una misma convocatoria.

Debe evitarse que el procedimiento seguido pueda visualizar la imagen pública de que no hubo un examen de los demás candidatos, o de que, a pesar de haberse efectuado tal examen, éste no fue igualitario; y debe evitarse lo anterior para que no pueda alimentarse la creencia ciudadana de que el candidato elegido estaba

predeterminado de antemano y la motivación formalmente consignada no fue resultado de una real y efectiva comparación de los méritos de la totalidad de los candidatos, sino tan solo una manera de dar mera cobertura formal a una decisión previamente adoptada.

Esa imagen, de producirse, lesionaría muy gravemente ante la ciudadanía su confianza en el modelo constitucional de convivencia que es el Estado de Derecho.

La lesionaría porque el Poder Judicial y su órgano de gobierno deben ser las instituciones emblemáticas en lo que concierne a la sujeción a la Constitución y al resto ordenamiento jurídico (*art. 9.1 CE*); y, consiguientemente, también lo han de ser en lo relativo a la recta aplicación de los postulados de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente dispuestos para que pueda operar válidamente la promoción en toda clase de cargos públicos profesionales.

Y haría de difícil inteligencia para la ciudadanía que el procedimiento para el nombramiento de magistrado del Tribunal Supremo no exteriorizara, sin ningún género de duda, que la decisión finalmente adoptada en una determinada convocatoria no ha sido el resultado de una comparación efectiva y realmente realizada de todos los candidatos concurrentes a dicha convocatoria.

III.- La crítica social e institucional sobre los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial; y el intenso debate doctrinal y jurisprudencial (en este Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional) que también ha suscitado esta materia.

Deben recordarse aquí estos datos, que ya se expusieron y detallaron con anterioridad. Y debe resaltarse que la crítica y el debate han sido de tal importancia que han movido al legislador orgánico a realizar en 2018 una modificación de la regulación contenida sobre esta materia en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero, sobre todo, ha de recordarse cuál ha sido la línea jurisprudencial seguida sobre la necesidad de la real comparación de los candidatos, que, brevemente expuesta, se puede resumir en lo siguiente.

La primera preocupación de este Tribunal Supremo fue enfatizar la necesidad de una motivación y de exponer el contenido de la misma, para que no quedase vacía mediante su sustitución con genéricos juicios de valor elogiosos del candidato elegido.

Una muestra de esta primera línea jurisprudencial es la antes citada *STS de 27 de noviembre de 2007*, que, como ya se expresó, puso el acento en la necesidad de que el CGPJ identificase los méritos que considerara prioritarios, otorgase relevancia a estos efectos al estricto ejercicio jurisdiccional o a funciones asimilables y explicase por qué las personas nombradas individualizaban en mayor medida esos méritos prioritarios. Pero sin que esta sentencia aludiese a la necesidad de que, tras el obligado contraste de los candidatos, se reflejase también el resultado de la valoración que habían merecido los excluidos.

Y la misma línea sigue la *STS de 7 de febrero de 2011 (recurso 343/2009)*, pero esta ya incorpora el voto particular del magistrado Sr. Díaz Delgado, que considera insuficiente la motivación sobre la superioridad del nombrado por no existir ningún estudio o elemento de contraste en relación con los demás solicitantes; y concluye que este vicio debía haber llevado a la anulación, con retroacción de

actuaciones para una nueva valoración por parte del CGPJ. Un voto particular al que se adhieren otros seis magistrados, entre ellos el actual Abogado General del TJUE don Manuel Campos Sánchez Bordona y el actual Presidente de esta Sala Tercera don Luis María Díez Picazo Giménez.

Una muestra importante de la jurisprudencia posterior son las dos sentencias dictadas sobre la Presidencia del TSJ de la Región de Murcia (*SSTS de 10 de mayo de 2016 y 27 de junio de 2017 , recursos 189/2015 y 1033/2016*), que admiten con normalidad la comparación mediante el examen y contraste de los concretos méritos aportados por el candidato nombrado y la candidata excluida.

IV.- La modificación del *artículo 326.2 de la LOPJ* llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre.

El preámbulo de dicha L.O. 4/2018 explica así la razón de esa modificación:

"Asimismo, se incorporan al estatuto de los integrantes de la carrera judicial las reformas que vienen impuestas por compromisos internacionales, en materia de transparencia y lucha contra la corrupción, y señaladamente las referentes al régimen de los cargos de nombramiento discrecional."

Y la modificación de ese artículo 326.2 consiste en añadir a su anterior redacción este nuevo texto:

"La provisión de Presidentes de las Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo se basará en una convocatoria abierta que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado", cuyas bases, aprobadas por el Pleno, establecerán de forma clara y separada cada uno de los méritos que se vayan a tener en consideración, diferenciando las aptitudes de excelencia jurisdiccional de las gubernativas, y los méritos comunes de los específicos para determinado puesto. La convocatoria señalará pormenorizadamente la ponderación de cada uno de los méritos en la valoración global del candidato. La comparecencia de los aspirantes para la explicación y defensa de su propuesta se efectuará en términos que garanticen la igualdad y tendrá lugar en audiencia pública, salvo que por motivos extraordinarios debidamente consignados y documentados en el acta de la sesión, deba quedar restringida al resto de los candidatos a la misma plaza. Toda propuesta que se haya de elevar al Pleno deberá estar motivada y consignar individualmente la ponderación de cada uno de los méritos de la convocatoria. En todo caso, se formulará una evaluación de conjunto de los méritos, capacidad e idoneidad del candidato. Asimismo, la propuesta contendrá una valoración de su adecuación a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres."

Esos dos textos que acaban de transcribirse, del preámbulo y del nuevo párrafo añadido al artículo 326.1, ponen claramente de manifiesto cuál es el propósito del legislador: conjurar las críticas que instancias internacionales han dirigido a las prácticas seguidas en los nombramientos discrecionales de cargos judiciales.

Revelan también que la solución asumida por el legislador es incorporar, en la ley orgánica, la jurisprudencia de esta Sala sobre la necesidad de identificar los concretos méritos que han de decidir la prioridad del nombramiento y sobre la relevancia que ha de darse a la excelencia jurisdiccional; como también el criterio ya establecido por esta Sala de examinar efectivamente la trayectoria de todos los candidatos y sobre

la necesidad de que se consignen respecto de cada uno de los candidatos (el vocablo "individualmente" del nuevo texto legal así lo indica) la ponderación de cada uno de los méritos de la convocatoria.

Y la conclusión que deriva de lo anterior no es solamente que ese examen comparativo haya de regir en lo sucesivo. Es también la confirmación del acierto jurídico de la práctica jurisprudencial que ya había establecido que una válida motivación exige también la inclusión, tanto de los méritos apreciados en un nivel superior en el candidato nombrado, como del resultado que ha arrojado la evaluación respecto de los méritos correspondientes a los restantes aspirantes que fueron analizados.

SÉPTIMO.- *El ámbito del enjuiciamiento en los litigios sobre nombramientos discrecionales de altos cargos judiciales: los distintos espacios que en esa clase de nombramientos corresponden al Consejo General del Poder Judicial y al control jurisdiccional que ha de ejercer esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.*

I.- Retomando lo que antes se dijo sobre alcance institucional y no puramente individual que tienen los nombramientos judiciales discrecionales, debe resaltarse que los posibles incumplimientos que puedan resultar constatados trascienden de las concretas personas que actúan como litigantes en los procesos jurisdiccionales de impugnación de esos nombramientos.

Y así ha de ser considerado porque esos posibles incumplimientos, de resultar acreditados, requerirían una reparación que no podría quedar circunscrita a dar satisfacción al interés individual del accionante, sino al restablecimiento del proceso de nombramiento para que este cumpliera en su plenitud la totalidad de las exigencias que resultan necesarias para su completa validez legal y constitucional.

II .- En esta clase de litigios se han de conjugar dos distintos espacios de actuación, respectivamente correspondientes al General del Poder Judicial (CGPJ) y a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que no pueden ser confundidos ni indebidamente invadidos.

III.- En el CGPJ está residenciada la competencia que, como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial, le corresponde para el nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo.

Esta competencia, como anteriormente se explicó, tiene ciertamente un amplio ámbito de discrecionalidad, pero no autoriza a efectuar el nombramiento en virtud de un puro ejercicio de decisionismo.

Como tampoco permite, por el mero hecho de que no rija el sistema de concurso, que se pueda prescindir de todas las actuaciones previas siguientes: (i) singularizar las concretas razones de mérito y capacidad que van a ser aplicadas; (ii) fijar las pautas cualitativas que permitan diferenciar niveles distintos dentro de cada una de las clases de méritos que hayan sido establecidas; y (iii) efectuar la consiguiente clasificación que corresponde a cada uno de los candidatos en cada clase de méritos según esa escala de niveles cualitativos que haya sido fijada.

Lo cual supone que el correcto ejercicio de esa discrecionalidad, para que resulte ajustado a la objetividad que reclaman la constitucional interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad, hará necesario que el acto final de

nombramiento haya sido precedido por todas esas actuaciones previas que han sido señaladas. Pues de esta manera quedará acreditado el debido cumplimiento de las exigencias que son inherentes a esos postulados constitucionales, y descartado ante la ciudadanía que el nombramiento no ha seguido un procedimiento presidido por patrones de transparencia y objetividad.

A lo que antecede debe añadirse que, respetados esos límites que han sido señalados como necesarios para asegurar en el procedimiento de nombramiento la objetividad, la igualdad y la transparencia, hay un marco de apreciación que también debe ser respetado al CGPJ por el control jurisdiccional que lleve a cabo esta Sala.

Se trata del núcleo básico de la valoración de profesionalidad o competencia jurídica que haya sido efectuada para cada candidato/a en el marco de la llamada discrecionalidad técnica; que únicamente podrá revisada cuando resulte acreditada la notoriedad y evidencia del error técnico, pero con una prueba con la debida solvencia y objetividad para justificar una equivocación de esas características.

IV.- Como consecuencia de lo anterior, lo que corresponde al control jurisdiccional que ha de efectuar esta Sala Tercera del Tribunal Supremo es constatar si, en el procedimiento que ha precedido al acto final de nombramiento, se han realizado e incluido todas esas actuaciones previas que antes ha sido indicadas como necesarias para asegurar la objetividad, igualdad y transparencia que han de acompañar a todos los procedimientos referidos a esta clase de nombramientos judiciales discrecionales.

Sin que corresponda esta Sala la definición de los méritos evaluables, ni la fijación de las concretas pautas que permita diferenciar niveles cualitativos dentro de cada mérito. Y tampoco corresponde a este Tribunal sustituir al Consejo en la fijación de los niveles de profesionalidad que, dentro de cada mérito, deben ser apreciados para decidir la prioridad que determina el nombramiento (con la salvedad de lo que se ha dicho sobre los errores graves y notorios).

V.- Todo lo anterior, trasladado al actual caso litigioso, significa que la reparación del déficit de motivación que pueda resultar constatado no puede quedar limitada a la comparación de los actuales contendientes y deberá ser efectuada mediante la valoración de la totalidad de quienes concurren en la convocatoria litigiosa.

OCTAVO.- *Los elementos obrantes en el procedimiento administrativo no permiten constatar que se haya efectuado una efectiva y real comparación de todos los candidatos que participaron en la convocatoria en términos de igualdad.*

La motivación con la que el Consejo General del Poder Judicial ha justificado el acto final de nombramiento sólo contiene una abstracta referencia a la comparación de los candidatos. Pero no constan, a partir de la preferencia establecida en las bases de la convocatoria para el mérito consistente en la excelencia alcanzada en el ejercicio jurisdiccional, cuáles fueron las actuaciones o hechos de los demás candidatos, distintos al candidato finalmente nombrado, que se analizaron en relación con ese mérito preferente.

Y tampoco expresa el resultado que obtuvieron esos otros candidatos según las pautas cualitativas que el acuerdo de nombramiento señala para considerar, en el candidato nombrado, un superior nivel cualitativo en ese mérito preferente.

El informe de la Comisión Permanente que elevó al Pleno una propuesta de siete candidatos también adolece del mismo vicio. Efectúa una exposición de las circunstancias de mérito que fueron aducidas por los solicitantes; pero omite también una evaluación de esas circunstancias, efectuada según unas mismas pautas cualitativas aplicadas a la totalidad de los solicitantes, que exprese el nivel obtenido por cada uno de ellos en ese mérito preferente de la excelencia jurisdiccional.

Esto lleva a concluir que la motivación realizada no explica y justifica que el nombramiento finalmente realizado se haya visto precedido de una efectiva y real comparación de todos los candidatos que participaron en la convocatoria.

Debiéndose señalar que esa explicación resultaba especialmente conveniente en el actual caso. Porque el magistrado nombrado ocupaba, en el escalafón de especialistas a la que quedaba circunscrita la convocatoria, un lugar inferior a la gran mayoría de los candidatos que concurrieron a esa convocatoria; y también tiene una acusada menor antigüedad respecto de muchos de ellos.

Es cierto que la antigüedad no debe ser lo decisivo en esta clase de nombramientos, porque lo que ha de prevalecer es la excelencia en el ejercicio jurisdiccional. Pero tampoco puede olvidarse que, cuando bastantes de los candidatos concurrentes alcanzan esa cota de excelencia (algo que reconoce el acuerdo del Pleno que decidió el nombramiento), la antigüedad debe ser debidamente ponderada para evitar que a los de mayor edad les pueda quedar definitivamente vedado, o muy difícil, el acceso al Tribunal Supremo. Y así debe ser porque el principio constitucional de igualdad exige también que sea similar el ritmo temporal de acceso al Tribunal Supremo de todos aquellos que en su trabajo se han esforzado por lograr ese nivel de excelencia profesional que debe constituir el principal factor de promoción.

NOVENO.- *Conclusión sobre cuál debía haber sido el pronunciamiento del fallo de la sentencia.*

Anular y retrotraer la actuación administrativa a la fase previa a la propuesta efectuada por la Comisión Permanente, para que este órgano actúe así:

1.- Defina con anterioridad a la evaluación de los candidatos lo siguiente:

(a) Las diferentes clases de méritos evaluables y la proporción que la evaluación final otorgará al resultado obtenido en cada una de esas clases.

(b) Las pautas cualitativas con las que se evaluarán cada una de las actuaciones encuadrables en las distintas clases de méritos; y los niveles en los que se plasmará el resultado de esa evaluación.

2.- Evalúe a cada candidato de conformidad con todo lo anterior y ordenarlos a todos en un resumen final según el resultado obtenido en su evaluación individual.

Segundo Menéndez Pérez Nicolás Maurandi Guillén

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-

