



Roj: STS 921/2011 - ECLI:ES:TS:2011:921

Id Cendoj: 28079130012011100004

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 03/02/2011

Nº de Recurso: 137/2010

Nº de Resolución:

Procedimiento: CONTENCIOSO

Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil once.

Visto por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 137/2010, tramitado en la Sección Octava, interpuesto por doña Piedad, representada por la procuradora doña Aurora Gómez-Villaboa y Mandri, contra el Real Decreto 129/2010, de 12 de febrero, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del DIRECCION000 a don Jose Antonio, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 64 del día 15 de marzo de 2010.

Han sido parte demandada el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, representado por el Abogado del Estado, y don Jose Antonio, representado por el procurador don Isacio Calleja García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 16 de marzo de 2010 en el Registro General de este DIRECCION000, la procuradora doña Aurora Gómez-Villaboa y Mandri, en representación de doña Piedad, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 129/2010, de 12 de febrero, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del DIRECCION000 a don Jose Antonio.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, se requirió al Consejo General del Poder Judicial la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción. Verificado, se hizo entrega a la parte demandante para que dedujera la demanda.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, la procuradora Sra. Gómez-Villaboa y Mandri, en representación de doña Piedad, formalizó la demanda mediante escrito presentado el 8 de julio de 2010 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que, estimando el recurso contencioso-administrativo, acuerde:

1º.- Anular el Real Decreto 129/2010, de 12 de febrero, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del DIRECCION000 a don Jose Antonio.

2º.- Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de emisión del Informe por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial para que, primero, sea emitido uno nuevo que cumpla con todas las exigencias que respecto del mismo exigía el artículo 74.2 del Reglamento 1/1986, OFCGPJ (en la redacción vigente en la convocatoria) y que han sido señaladas en las sentencias de 27 de noviembre de 2007 y 23 de noviembre de 2009, ambas del Pleno de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo, resolutorias de los recursos contencioso-administrativos nº 407/2006 y 372/2008, respectivamente, y, posteriormente, se resuelva por el órgano competente sobre el nombramiento litigioso mediante resolución motivada.

3º.- En particular, anular el informe emitido en fecha 5 de octubre de 2009 por la Sala de Gobierno de la DIRECCION001 en el mismo procedimiento y ordenar que sea emitido uno nuevo que cumpla todas las exigencias legales que respecto del mismo han sido señaladas en las citadas sentencias de 27 de noviembre de



2007 y 23 de noviembre de 2009 , particularmente que "deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados" (artículo 136 LOPJ e inciso final del párrafo último del Fundamento de Derecho Noveno de la primera sentencia)".

Por Primer Otrosí Digo pidió que, tras ponderar los hechos y alegaciones en él expuestos, "valore el alcance y significación jurídicos del Seguimiento nº 1936/08, singularmente la denuncia que lo motivó y su cancelación". Por Segundo, expuso su parecer respecto de que la cuantía del presente recurso es indeterminada. Por Tercero, solicitó que se acuerde por la Sala el trámite de conclusiones. Por Cuarto, formuló la petición de subsanación para los posibles defectos en que hubiera podido incurrir. Por Quinto, que se tenga por devuelto el expediente administrativo entregado junto con la demanda. Y, por Sexto, que "se tenga comunicada la exención y aprecie la inexistencia de obligación de presentación del modelo 696 para la autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo por la recurrente (...)".

CUARTO.- El Abogado del Estado, evacuando el traslado conferido por providencia de 12 de julio de 2010, contestó a la demanda mediante escrito, presentado el 7 de septiembre de ese año, en el que suplicó

"(...) sentencia desestimando el presente recurso contencioso administrativo por ser el acuerdo recurrido plenamente conforme a Derecho".

Por Otrosí Digo, también consideró la cuantía del recurso en indeterminada. Por Segundo, estimó que "dado que los hechos resultan ya acreditados en el expediente", no es procedente el trámite de conclusiones. Y, por Tercero, acompañó certificación de la Secretaría General del Consejo General del Poder Judicial, en la que se recoge el criterio de dicho Consejo a la hora de computar los servicios especiales.

Por su parte, el procurador don Isacio Calleja García, en representación de don Jose Antonio , en virtud del traslado conferido por providencia de 13 de septiembre de 2010, contestó a la demanda y, expuestos los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala

"(...) sentencia por la que desestime íntegramente el recurso, confirmando el acto recurrido".

En Otrosí Digo manifestó que, a su juicio, carece de justificación la petición de la demanda de que la Sala se pronuncie sobre los hechos expuestos de contrario en el primer Otrosí de su escrito.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos presentados el 16 y el 25 de noviembre y el 9 de diciembre de 2010, incorporados a los autos.

SEXTO.- El Presidente de la Sala acordó someter el conocimiento de este recurso al Pleno de la misma y, mediante providencia de 17 de diciembre de 2010 se señaló para la votación y fallo el día 25 de enero de 2011.

SÉPTIMO.- Por auto de 10 de enero del corriente se acordó que no procede la abstención comunicada por el Excmo. Sr. don Doroteo en el presente recurso. Y por otros dos del siguiente día 13 se consideraron justificadas las de los Excmos. Sres. don Hernan y doña Agueda .

OCTAVO.- En la fecha acordada han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso, en cuya tramitación se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso que debemos resolver impugna el Real Decreto 129/2010, de 12 de febrero, por el que se promueve a magistrado del DIRECCION000 a don Jose Antonio . Lo ha interpuesto doña Piedad , magistrada, presidenta a la sazón de la Sección NUM005 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la DIRECCION001 .

Ayudará a situar en su debido contexto la controversia que se nos ha sometido anteponer a la exposición de las pretensiones y argumentos de las partes los datos significativos que ofrece el expediente. Son los siguientes.

(1º) La plaza para cuya provisión se ha producido este nombramiento corresponde al turno de especialistas y fue anunciada por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 14 de julio de 2009 publicado en el Boletín Oficial del Estado del 1 y 3 de septiembre. Tal anuncio se hizo con arreglo al artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se debió a que su titular, don Romualdo pasó a la situación de servicios especiales. Posteriormente, se justificó en su jubilación. Dieciocho magistrados la solicitaron, diez de ellos de la DIRECCION001 .



(2º) El Real Decreto impugnado se dictó a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial expresada en su acuerdo de 28 de enero de 2010, el cual, a su vez, vino precedido por la terna que le elevó su Comisión de Calificación el 3 de noviembre de 2009 y del informe que la acompañaba, el previsto en los artículos 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 74 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial. Los tres aspirantes incluidos en ella, por orden alfabético según decisión adoptada por mayoría, eran don Jesús Luis , don Jaime y don Jose Antonio .

Asimismo, conforme al artículo 74.2 de dicho Reglamento, diversos vocales presentaron al Pleno otros candidatos de entre los solicitantes. Así, don Benjamín , don Ernesto , don Hugo , don Maximino , don Sebastián , doña Regina , don Juan Carlos , doña Mariana y don Abilio propusieron a don Constantino y a don Francisco . Doña Elisenda y doña Lina propusieron a don Moises . Asimismo, doña Marí Juana y doña Elisenda propusieron a don Luis Carlos . Estas dos últimas propuestas justificaban los méritos de los dos magistrados que incluían.

(3º) El informe de la Comisión de Calificación explica que en una primera selección consideró, también, por apreciar en ellos mejor mérito que en los demás a don Francisco , a doña Encarnacion , a don Luis Carlos y a don Constantino . No obstante, indica que, por unanimidad, llegó a la conclusión de proponer solamente a los tres finalmente incluidos en la terna. Identifica, a continuación, las fuentes de conocimiento de que se ha servido para llegar a ese resultado: los méritos y datos presentados por los solicitantes, sus expedientes personales, los informes de la Jefe del Servicio de Inspección y de las Salas de Gobierno de los Tribunales en los que sirven, estos últimos todos favorables, y el informe de la Presidenta de la Comisión de Igualdad. Añade, asimismo, que la plaza a proveer "requiere un nivel extraordinario en el conocimiento de las disciplinas jurídicas que concurren en este orden jurisdiccional y de su procedimiento acreditado con el ejercicio jurisdiccional y con actividades complementarias al mismo".

Pasa, después, ese informe a exponer las dificultades que encuentra la Comisión para cumplir las exigencias de motivación demandadas por nuestras sentencias de 29 de mayo de 2006 (recurso 309/2004), 27 de noviembre de 2006 (recurso 117/2005) y 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006), todas ellas del Pleno y la de la Sección Séptima de 12 de junio de 2008 (recurso 188/2005), si bien deja constancia de que han sido recogidas en la nueva redacción que al artículo 74.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento dio el acuerdo de 25 de junio de 2008. Dificultades que relaciona con que la Comisión decide por mayoría, con que la valoración realizada por cada uno de sus miembros puede no ser coincidente con la de los demás, con la posibilidad de que los vocales propongan candidatos adicionales y con la circunstancia de que no estamos ante un concurso de méritos en el que se aplica un baremo. Además, señala que la elaboración de su propuesta ha sido "particularmente dificultosa por el número de solicitudes –dieciocho– y porque el currículum, los informes y las memorias/resoluciones aportadas al expediente muestran el alto nivel de formación jurídica de los/as aspirantes, así como su amplia experiencia jurisdiccional". Y, si bien admite que otros candidatos, además de los que propone al Pleno, podrían haber sido incluidos en la terna y que tienen, incluso, mejor posición en el escalafón general y en el de especialistas que los seleccionados, tras deliberar, se decidió por los antes mencionados en atención a estas razones:

"(...) los propuestos unen a lo que indubitadamente puede calificarse de "excelencia" en su labor jurisdiccional, acreditada en sus resoluciones, una más que remarcable actividad complementaria, que enriquece aquélla, en materia docente y de investigación jurídica, de la que son exponente sus múltiples publicaciones e intervenciones en conferencias, cursos, seminarios, etc... Además concurre en los tres seleccionados la circunstancia de haber desempeñado cargos en Direcciones Generales, Gabinetes u órganos de naturaleza no estrictamente jurisdiccional pero cuyo desempeño implicaron estudio, elaboración de proyectos normativos y/o de resoluciones etc... relacionados con Administración de Justicia; su funcionamiento, el estatuto jurídico de la Carrera Judicial y, en definitiva, con las materias propias del orden contencioso-administrativo".

El informe continúa reiterando que los vocales pueden proponer otros candidatos con méritos que estimen equiparables a los de quienes forman la terna y pasa a relacionar los de don Jesús Luis , don Jaime y don Jose Antonio . En esa reseña solamente incluye respecto de don Jaime una valoración específica pues dice de sus méritos:

"En definitiva, nos encontramos ante un candidato de uniforme y amplia trayectoria profesional en materia jurisdiccional contencioso-administrativa, a la que se añade una también amplísima actividad extrajudicial en esta materia y relacionadas con ella".

En cambio, nada semejante dice de los otros dos.

(4º) En la deliberación del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del 28 de enero de 2010, al abordarse el punto del orden del día correspondiente a la propuesta de la Comisión de Calificación que hemos resumido, se produjeron las siguientes intervenciones antes de la votación.



En primer lugar, el vocal don Sebastián , según dice la certificación del acta de la sesión, tomó la palabra para defender la candidatura de don Jose Antonio , entonces presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la DIRECCION001 . Esa certificación dice al respecto:

"Detalla el Sr. Vocal minuciosamente su currículo profesional; y considera que este nombramiento se fundamenta en los méritos y capacidad del candidato nombrado, que se deducen del examen de su trayectoria profesional. Así consta que ingresó por oposición hace más de 25 años en la carrera judicial y en la carrera fiscal, superando las pruebas de especialización en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el año 1993. Destaca en esta jurisdicción su desempeño en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la DIRECCION001 , de la que es Presidente desde hace más de cuatro años lo que le ha permitido adquirir un profundo conocimiento de las variadas materias que son competencia de dicha Sala y que revisten una especial complejidad técnica, lo que resulta también del examen de la selección de sentencias aportadas junto a su solicitud en las que ha sido ponente durante los últimos seis años, sentencias en las que pone de relieve el conocimiento, la comprensión y la aplicación práctica de categorías jurídicas novedosas en el Derecho Administrativo como son las propias del Derecho de las Telecomunicaciones, del Medio Ambiente o de la Protección de Datos de Carácter Personal. A lo anterior se une su actividad docente, especialmente la desarrollada en los planes de formación de Jueces y Magistrados de este Consejo General, en la que ha dirigido diversos cursos y seminarios e impartido numerosas ponencias relativos a materias propias de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como el impulso y coordinación como Presidente de la actividad formativa de los propios Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la DIRECCION001 en las materias específicas de las que conoce dicho Tribunal. También destaca su participación como juez experto en materia de protección de datos en proyectos promovidos por la Unión Europea o el Consejo de Europa, así como la calidad, extensión y variedad de su obra publicada, la mayor parte de ella referida a las materias propias de su especialidad, destacadamente aquellas que resultan más innovadoras. Destaca, finalmente, su buen conocimiento de la Administración en la que ha desempeñado altas responsabilidades especialmente relacionadas con la Administración de Justicia. Los méritos expuestos, valorados en su conjunto, pero destacadamente los relativos a su actividad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, y su conocimiento de las distintas materias propias de este orden dada su presidencia natural de cualquier Sección de la Sala de lo contencioso de la DIRECCION001 , resaltan la candidatura de D. Jose Antonio sobre los restantes aspirantes a esta plaza, por lo que se justifica su nombramiento".

Refleja, asimismo, el acta que, a continuación, otro vocal, don Hilario defendió la candidatura de don Jaime . La certificación dice:

"(...) Magistrado especialista en la Sala de lo Contencioso de la misma Audiencia, con un currículum extenso y demostrativo de una trayectoria profesional de altísima cualificación. En primer lugar, debe destacarse su formación jurídica, acreditada a través de la calidad de sus resoluciones judiciales. Pero esta calidad se completa con un conocimiento del Derecho Constitucional importantísimo, al haber sido Letrado del Tribunal Constitucional, y al mismo tiempo con un conocimiento del DIRECCION000 también a tener en cuenta, al haber desempeñado el cargo de Jefe del Gabinete Técnico. Por todos estos méritos, merece el respaldo del Pleno para su promoción a la categoría de Magistrado del DIRECCION000 "

(5º) En votación secreta, siguiendo siempre el acta, se obtuvo el resultado a continuación recogido, por el que "se tuvo por nombrado a D. Jose Antonio Magistrado de la Sala Tercera del DIRECCION000 correspondiente al turno de especialistas":

"Miembros presentes 21

Votos a favor de D. Jose Antonio 14

Votos a favor de D. Jesús Luis 3

Votos a favor de D. Jaime 2

Votos a favor de D. Moises 1

Votos en blanco 1"

(6º) Por último, el acuerdo adoptado por el Pleno dice lo siguiente:

"Siete.- Examinada y debatida la propuesta de la Comisión de Calificación para provisión de una plaza de Magistrado de la Sala Tercera del DIRECCION000 , correspondiente al turno de especialistas, el Pleno acuerda promover a la categoría de Magistrado del DIRECCION000 a D. Jose Antonio , actualmente Presidente de la Sala de lo contencioso- administrativo de la DIRECCION001 , en provisión de la vacante producida por jubilación de D. Romualdo .



Este nombramiento se fundamenta en los méritos y capacidad del candidato nombrado. De su trayectoria profesional cabe destacar especialmente y en primer término la experiencia jurisdiccional que supone venir desempeñando la presidencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la DIRECCION001 , lo que proporciona al candidato no sólo una formación jurídica profunda en el orden jurisdiccional mencionado por la naturaleza de los asuntos que conoce, sino además una visión global de las distintas materias de esta jurisdicción que cobra especial relevancia a la hora de acceder a una plaza en la Sala Tercera del DIRECCION000 .

A este importantísimo dato ha de sumarse el complemento de su actividad docente en los cursos, jornadas y materias que constan detalladas en su currículum, junto con las publicaciones que demuestran asimismo su alta formación en el ámbito administrativo.

Como consecuencia de todas estas circunstancias, el Pleno considera que el candidato nombrado reúne el perfil que le convierte en el candidato más idóneo de los que han integrado la terna presentada a votación, y por ello decide promoverle a la categoría de Magistrado del DIRECCION000 ".

SEGUNDO.- En su demanda, doña Piedad expone, primero, unos antecedentes de hecho. En ellos incluye, junto a los pasos dados en el procedimiento seguido en el Consejo General del Poder Judicial, una serie de precisiones y valoraciones. Entre las primeras se encuentran estas: la ausencia de toda mención a ella en el informe de la Comisión de Calificación, la falta de una deliberación propiamente dicha en el Pleno que tampoco se remitió a dicho informe, pese a lo cual el acuerdo recoge la fundamentación que se ha visto.

Seguidamente, compara sus méritos con los del propuesto y dice que el resultado del contraste revela que ella es más antigua en el escalafón general (nº NUM000 frente al nº NUM001 de don Jose Antonio) y en el de especialistas (nº NUM002 frente al nº NUM003 del nombrado de un total de 109); que fue nº NUM004 de su promoción en la Carrera Judicial por lo que se le concedió la Cruz de San Raimundo de Peñafort. Destaca, que ha prestado 22 años, 3 meses y 7 días de servicios efectivos e ininterrumpidos como magistrada especialista en cuatro Secciones distintas de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la DIRECCION001 de las que ha presidido dos. En cambio, don Jose Antonio prestó servicios efectivos como magistrado especialista en la jurisdicción durante 8 años, 4 meses y 3 días y ha sido presidente de la Sala de la DIRECCION001 durante 3 años, 11 meses y 13 días. Resalta, luego, la recurrente su profunda formación jurídica en las materias propias del orden jurisdiccional y la visión global más amplia que de ella expresan sus sentencias. De ahí pasa a su actividad docente y a sus publicaciones, más numerosas que las del recurrido. Termina este apartado, señalando, de un lado, que don Jose Antonio ha sido durante siete años y 11 meses Director General del Gobierno de la Nación: primero Director General de Objeción de Conciencia y, después, Director General de Relaciones con la Administración de Justicia y, de otro, que los nombramientos *ex novo* realizados por el Consejo General del Poder Judicial en su actual composición han recaído en miembros de asociaciones judiciales. De los ocho en que se fija, cuatro pertenecen a la Asociación Profesional de la Magistratura, tres a Jueces para la Democracia y uno a Asociación Francisco de Vitoria. La Sra. Piedad no pertenece a ninguna asociación judicial.

A partir de estos presupuestos, la demanda expresa cuatro motivos de impugnación.

(A) En primer lugar, afirma que el Sr. Jose Antonio , a la fecha de concluir el plazo de presentación de solicitudes carecía de los quince años de servicios en la Carrera Judicial exigidos por el artículo 344 a) en relación con el artículo 343 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para la recurrente, esos años han de ser de servicio efectivo en órganos jurisdiccionales razón por la cual no pueden computarse los prestados en la Carrera Fiscal ni aquellos en los que el Sr. Jose Antonio permaneció en servicios especiales. Los argumentos con los que mantiene esta interpretación descansan en la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 28 de junio de 1994 (recurso 7105/1992), para ella aplicable al caso dada la naturaleza del cargo de magistrado del DIRECCION000 –una noción autónoma en la Carrera Judicial– derivada del estatuto especial que le ha asignado el legislador en el artículo 299.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y preceptos relacionados. A juicio de la Sra. Piedad , la idea de ejercicio es insustituible y no ve obstáculo en lo dispuesto por los artículos 311.5 y 354.2 del mismo texto legal pues el primero, dice, no comprende los nombramientos discrecionales ni el acceso al DIRECCION000 y el segundo tampoco. Concluye este alegato la demanda refiriéndose a que, del mismo modo que para ser propuesto magistrado del Tribunal Constitucional son precisos quince años de ejercicio profesional [al cual, según acaba de decir la Secretaría General Mesa del Senado, no es asimilable el tiempo pasado en servicios especiales en la Carrera Judicial], han de ser efectivos los que se hagan valer para acceder al DIRECCION000 ya que no es menor la relevancia que le atribuye la Constitución respecto de la que asigna a aquél.

(B) A continuación, mantiene la recurrente que se ha infringido su derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos que le reconoce el artículo 23.2 de la Constitución



pues ha sufrido un trato desfavorable comparado con el dispensado al recurrido. Esa discriminación injustificada resulta para la demanda de que es sustancial y extraordinaria la diferencia a favor de la Sra. Piedad por los méritos respectivos [antigüedad en la Carrera Judicial, ejercicio en el orden jurisdiccional, en órganos colegiados, en la valoración de las resoluciones judiciales de cada uno (por la relevancia del órgano cuya actuación se enjuiciaba, por su número y variedad de materias, por la cuantía y el grado de confirmación: el DIRECCION000 confirmó el 74,47% de las dictadas con ponencia de la actora y el 40% de las dictadas siendo ponente el recurrido), por la actividad docente y las publicaciones]. Y esa abismal diferencia a favor de la Sra. Piedad, dice la demanda, determina la infracción del derecho fundamental que ha invocado al considerar el Pleno del Consejo General del Poder Judicial más idóneo para el cargo al Sr. Jose Antonio.

(C) El nombramiento, sostiene en tercer lugar la recurrente, no ha sido debidamente motivado conforme al artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con su artículo 136 y los artículos 46 y 74.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.

Aquí denuncia que en el informe de la Comisión de Calificación hay una absoluta ausencia de las razones por las que, de forma contrastada, se les otorgó preferencia a los incluidos en la terna. En particular falta en él una justificación fundada en el ejercicio de la función jurisdiccional y la identificación de las resoluciones consideradas como decisivas (artículo 74.2 4º del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial en la redacción aprobada en 2008). Dice, asimismo, que no consta que hubiera deliberación en el Pleno, ni que se defendiera a los Srs. Jesús Luis y a los otros aspirantes propuestos por los vocales. Tampoco que se asumiera formalmente por remisión aquél informe. En ello ve una ulterior infracción del citado precepto que exige que la Comisión informe también sobre los candidatos ulteriormente adicionados. En definitiva, entiende la recurrente que la motivación ofrecida por el Consejo no cumple la finalidad que le es propia, a saber: el respeto de las garantías constitucionales como límite a la voluntad discrecional del Consejo General del Poder Judicial.

La demanda completa sus reproches desde esta perspectiva al nombramiento que impugna con la denuncia del cambio inmotivado que observa respecto del criterio seguido anteriormente por el Consejo en lo relativo al agotamiento de su mandato por quienes desempeñan cargos gubernativos. Se refiere al caso examinado por nuestra sentencia de 23 de noviembre de 2009 (recurso 372/2008) en el que consideramos razonable el parecer expresado por la Comisión de Calificación de no incluir en la propuesta al Pleno a los solicitantes que estaban desempeñando el cargo de presidentes de diversas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia por considerar conveniente que cumplieran su mandato. Además, cuestiona la valoración igualitaria que de los solicitantes pertenecientes a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la DIRECCION001 hizo el informe de su Sala de Gobierno. A su parecer, es, entre otras infracciones, contrario al artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De nuevo invoca la sentencia de 23 de noviembre de 2009 y le reprocha no haberse fundado en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados. Igualmente, denuncia la falta del informe anual de las Salas de Gobierno previsto en el artículo 136 de la Ley Orgánica.

(D) Para la Sra. Piedad el nombramiento recurrido vulnera el artículo 9.3 de la Constitución e incurre en desviación de poder y así produce una nueva lesión del artículo 23.2 de la Constitución. Apoya esta afirmación en el hecho que considera probado de que, "como regla general, los nombramientos del DIRECCION000 responden a una asignación de cuotas, singularmente entre dos asociaciones judiciales". Esa desviación la aprecia porque no se ha cumplido el deber de motivación, la totalidad de los nombramientos discrecionales que hizo el Pleno el 26 de marzo de 2009 corresponden a magistrados asociados, particularmente a las dos asociaciones mayoritariamente representadas en el Consejo General del Poder Judicial, la promoción de magistrados al DIRECCION000 se circunscribe a los asociados y no hay proporción ni siquiera entre los pertenecientes a las distintas asociaciones pues se han producido de manera prácticamente exclusiva entre los miembros de las dos asociaciones mayoritariamente representadas en el Pleno del Consejo.

Termina la demanda con unas alegaciones --expuestas en el otrosí primero-- sobre el seguimiento 1936/08 al que se refirió el Servicio de Inspección al informar sobre la recurrente. Observa que, a diferencia de lo hecho con los demás solicitantes, respecto de los que se limitó a remitir una ficha-resumen a la Comisión de Calificación, en su caso incorporó las actuaciones correspondientes a dicho seguimiento, abierto en su día tras la denuncia presentada por el recurrido como presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la DIRECCION001 y que se debió a que entendía que en su Sección NUM005, presidida por ella, no se asignaba el mismo número de asuntos a todos los magistrados y, en particular, a la ahora recurrente que tenía menos, mientras existía una pendencia. Rechaza aquí la Sra. Piedad los extremos de la denuncia y precisa las conclusiones de la Jefa del Servicio de Inspección, subrayando que a todos los magistrados de la Sección NUM005 se les asigna idéntico número de asuntos, que ella no tenía ninguno pendiente y que, para asumir los que tienen designado ya un ponente, es preciso un acuerdo *ad hoc* de la Sala de Gobierno. Precisamente, la falta del mismo impidió que,



como quería el presidente de la Sala, se turnara los de otros magistrados. En fin, subraya que el seguimiento fue cancelado el 11 de mayo de 2009 sin que se realizara ninguna actuación administrativa ulterior.

TERCERO.- El Abogado del Estado pide la desestimación del recurso.

Contesta de este modo a los motivos de la demanda.

(A) No cabe ampliar la exigencia del artículo 344 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la efectividad del ejercicio de la función jurisdiccional. Lo requerido son quince años en la Carrera. Explica que la sentencia de 28 de junio de 1994 contempla un supuesto distinto pues parte de un precepto diferente al que aquí se aplica, el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuyo tenor no coincide con el del precepto ahora aplicable. Además, dice que del estatuto del magisterio del DIRECCION000 no se desprende la consecuencia que pretende la demanda y que para ser promovido a esa categoría es aplicable el artículo 354.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto a los años de servicio en la Carrera Fiscal, recuerda que el artículo 311.5 expresamente dispone que, a efectos de concursos a plazas y cargos de nombramiento discrecional, se computarán en la Carrera Judicial a quienes, perteneciendo a la primera, como es el caso del Sr. Jose Antonio , superen las pruebas de especialización en el orden Contencioso Administrativo.

(B) Por lo que hace al trato desfavorable del que se queja la Sra. Piedad , aparte de apreciar contradicción en negar la existencia de motivación para, luego, pasar a discutirla, dice que el planteamiento de la demanda es cuando menos discutible. En efecto, entiende el Abogado del Estado que, de aceptarlo, se eliminaría la amplia libertad de apreciación que tiene el Consejo General del Poder Judicial en este ámbito y se ignoraría su competencia para proponer los nombramientos de magistrado del DIRECCION000 . Su obligación, prosigue, es motivar sus propuestas de manera que se conozca por qué se ha designado a un candidato. Nunca se ha exigido, sino todo lo contrario, prosigue, que los méritos se objetivicen hasta hacerlos reglados. Cita, en este sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006) y afirma que no cabe ni siquiera entrar a examinar si la recurrente sabe más o menos Derecho Constitucional que el nombrado o si tiene más o menos experiencia en actividades formativas o mejor o peor trayectoria profesional. Lo único que cabe examinar ahora, añade, es si se respetaron las exigencias formales y sustantivas que, según la jurisprudencia, han de ser cumplidas y, ciertamente, concluye aquí la contestación a la demanda, así ha sido. En todo caso, considera que los argumentos de la actora en este punto evidencian la debilidad de su posición y advierte en ella el propósito de sustituir al Consejo General del Poder Judicial en el juicio que este debe hacer sobre los solicitantes.

Observa, por último, el Abogado del Estado que todos los candidatos tienen las mismas oportunidades de acceder a la plaza y de alegar los méritos que estimen convenientes

(C) Además de lo ya dicho sobre el fiel cumplimiento de los requisitos que, en punto a la motivación de los nombramientos de magistrados del DIRECCION000 , han de ser cumplidos, señala la contestación a la demanda que no citar a la recurrente en el informe de la Comisión de Calificación ni en el acuerdo del Pleno no implica infracción alguna desde el momento en que no lo exigen ni la Ley ni la jurisprudencia, tal como lo aclaró el auto de 25 de febrero de 2009 dictado en el recurso 407/2006. Y en cuanto al incumplimiento por la Sala de Gobierno de la DIRECCION001 del artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que afirma la demanda, indica que no se sostiene y, en todo caso, de haber en el emitido en esta ocasión alguna irregularidad, sería no invalidante pues no ha impedido el cumplimiento de la finalidad prevista en la norma y no ha habido indefensión para la recurrente.

(D) Sobre la desviación de poder dice el Abogado del Estado que no se ha acreditado que el Consejo General del Poder Judicial solamente nombre para cargos discrecionales a magistrados asociados. Además, precisa que cuando se alegue dicho vicio ha de referirse, tal como exige el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción, al concreto acto impugnado y no se ha justificado que en este caso se hayan ejercido las potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

CUARTO.- Don Jose Antonio también ha contestado a la demanda.

Rebate, en primer lugar, algunas de las apreciaciones que sobre los hechos hace la recurrente. Así, considera incierto que el informe de la Comisión de Calificación no fuera conocido por el Pleno, pues consta su distribución a todos y cada uno de sus miembros. Igualmente inveraz ve la afirmación de que no se deliberó pues constan las intervenciones de dos vocales. Corrobora que la Sra. Piedad no fue citada *nominatim* en ese informe y que éste no aparece reproducido en el acta de la sesión pero lo uno y lo otro, nos dice, carece de relevancia.

Observa, seguidamente, que la exposición comparativa realizada por la recurrente es sesgada, tendenciosa e interesada, pues elimina tres cuartas partes de su vida profesional –sus años en la Carrera Fiscal, los servidos en la Sala de lo Contencioso Administrativo de DIRECCION002 y en la presidencia de la Sala de lo Contencioso



Administrativo de la DIRECCION001 – para hacerla aparecer manifiestamente triunfante en ella al objeto de que se haga una valoración alternativa que prime sus méritos sobre los del nombrado.

A partir de aquí deja constancia de los diez años en que prestó servicios en la Carrera Fiscal, los dos años y 11 meses que estuvo como magistrado especialista en la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad DIRECCION002 en los que se ocupó de materias propias de la Administración Local y de las Comunidades Autónomas, de enorme importancia y de las que no se ha ocupado nunca la recurrente. En este punto la contestación recuerda que la Sra. Piedad ingresó en el cuerpo de Jueces de Distrito todavía no integrado en la Carrera Judicial, que en el acceso al mismo el temario y las pruebas eran inferiores en dificultad a los exigidos para ingresar en la Carrera Judicial. Destaca después que, al haber presidido todas las Secciones de la Sala de la DIRECCION001, ha adquirido ciertamente una visión global de las materias propias de la Jurisdicción, reforzada por su actuación como Fiscal en la Audiencia Provincial de Madrid y en la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. La comparación de las sentencias dictadas, sigue diciendo la contestación a la demanda, es favorable al Sr. Jose Antonio quien precisa que fue, desde luego, Director General pero no del Gobierno sino de la Administración General del Estado, y que las dos que desempeñó se ocupan de funciones eminentemente jurídicas. En fin, sobre los presupuestos de la desviación de poder dice que están ausentes los más imprescindibles elementos probatorios y, entre otras consideraciones, se pregunta si han sido impugnados por este motivo los demás nombramientos porque, de no ser así, no se puede presumir la menor irregularidad en ellos. En todo caso, no aprecia en el expediente ni en el proceso prueba alguna de lo que afirma la demanda.

Ya sobre los motivos de impugnación, señala cuanto sigue.

(A) Al convocarse la plaza en la que ha sido promovido a magistrado del DIRECCION000 tenía reconocidos más de dieciséis años de servicios en la Carrera Judicial, todos ellos en la categoría de magistrado. La tesis de la recurrente la considera inconsistente pues la de magistrado del DIRECCION000 no es una categoría extraña o ajena a la Carrera Judicial, sino la máxima que se puede alcanzar dentro de ella, el estatuto que la Ley Orgánica del Poder Judicial le asigna solamente tiene las especialidades expresamente previstas entre las que no se cuenta el requisito que pretende la actora, los servicios especiales cuentan a la hora de acceder a categorías y puestos judiciales y, en todo caso, había prestado servicios efectivos como jurista por más de dieciocho años –en la Carrera Fiscal y en la Carrera Judicial– pues la antigüedad en aquella se cuenta en ésta cuando se da, como es el caso, el supuesto del artículo 311.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(B) y (C) No hay lesión del derecho a la igualdad de la Sra. Piedad ni incumplimiento de las exigencias de motivación exigidas por la jurisprudencia, de la cual recuerda lo dicho por las sentencias de 29 de mayo de 2006, 27 de noviembre de ese mismo año, 27 de noviembre de 2007 y 23 de noviembre de 2009 sobre la que se detiene recogiendo parte de sus fundamentos octavo, duodécimo y décimo tercero para apoyarse después en ella a los efectos de confirmar que la actuación del Consejo General del Poder Judicial cuenta con la motivación requerida por esos pronunciamientos. Aquí insiste en que del acta del Pleno resultan claramente las razones de su preferencia sobre los demás propuestos y, tras indicar los méritos considerados para llegar a esa conclusión, termina diciendo:

"(...) si nos encontráramos ante un auténtico concurso, sujeto a un rígido baremo de méritos, habríamos logrado demostrar la superioridad de los méritos de mi representado y, por ende, la legítima asignación al mismo del puesto objeto de concurso, sin lesión de derecho fundamental alguno de la recurrente. No estamos en ese caso, por lo que ni siquiera resulta necesaria esa conclusión alcanzada, basta –y difícilmente puede negarse– con que se ha justificado la objetividad de los criterios utilizados, las fuentes de conocimiento aplicadas para llevar a cabo la valoración y, sin duda de ningún género, que el nombramiento haya recaído a favor de mi representado se enmarca más que sobradamente en el reducto de legítima decisión exenta de arbitrariedad que todas las sentencias citadas (...) y, en general, en todas las dictadas a partir de la de 29 de mayo de 2006, reconocen al Consejo General del Poder Judicial".

(D) Rechaza la imputación de desviación de poder diciendo, además de lo que ya hemos recogido antes y de otras consideraciones que desarrolla en su escrito, que no se ha demostrado que los nombrados en los supuestos a los que se refiere la demanda lo fueran precisamente por su pertenencia a una asociación y no porque reunieran las condiciones objetivas que justificaron su nombramiento. En todo caso, excluye radicalmente que el criterio asociativo tuviera relevancia alguna en esta ocasión porque entre los solicitantes de la plaza, de los diez magistrados de la DIRECCION001, cinco pertenecían a la Asociación Profesional de la Magistratura, uno a Jueces para la Democracia y otro a Francisco de Vitoria, no estando asociados los tres restantes. Y que, entre los demás solicitantes, había destacados miembros de la Asociación Profesional de la Magistratura, alguno, incluso, perteneciente a su ejecutiva y otro que había sido portavoz de la misma. Por tanto, subraya, no fue el criterio asociativo sino el mérito y la capacidad lo que guió la actuación del Consejo General del Poder Judicial.



Termina esta contestación a la demanda diciendo que carecen de sentido las peticiones de retroacción de las actuaciones para que se elaboren nuevos informes por la Sala de Gobierno de la DIRECCION001 y por la Comisión de Calificación y que carece de justificación que nos pronunciemos sobre los hechos relativos al seguimiento al que se refiere el otrosí primero de la demanda.

QUINTO.- Según se ha visto, tanto en el expediente como en la extensa demanda y en las contestaciones, se hace reiterada referencia a las sentencias en las que, a partir de la de 29 de mayo de 2006, nos hemos ocupado de las exigencias de motivación que han de cumplirse cuando de nombramientos de magistrados del DIRECCION000 se trate. No es menester, por tanto, repetir nuevamente lo que es de sobra conocido y, además, ha sido asumido por el propio Consejo General del Poder Judicial, primero en la modificación que introdujo mediante el acuerdo de 25 de junio de 2008 en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, y, después, en el vigente Reglamento 1/2010, aprobado por acuerdo de 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales. Acuerdos reglamentarios que, según expresamente reconocen sus preámbulos, traen causa principal de la doctrina sentada al respecto por la Sala y han dado estado normativo a lo que antes era construcción jurisprudencial.

No es ocioso, sin embargo, subrayar el sentido que tiene una motivación como la que la jurisprudencia –y ahora las normas aprobadas por el mismo Consejo General del Poder Judicial– reclama en este tipo de decisiones en el contexto del amplio debate entablado en la sociedad sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el cúmulo de críticas dirigidas contra ella por las disfunciones que padece. En efecto, la clara expresión de que la valoración de la profesionalidad es el criterio preferente al que responden los nombramientos de los altos cargos judiciales, la transparencia en este punto, por fuerza redundará en el fortalecimiento de la imprescindible confianza que a los ojos de los ciudadanos han de merecer el DIRECCION000 y los demás tribunales de justicia y producirá el mismo efecto para el Consejo General del Poder Judicial con la consecuencia añadida, en este caso, de que los miembros de la Carrera Judicial podrán comprobar que el esfuerzo, el afán de mejora y la dedicación profesional son los factores que cuentan en la promoción a la más alta instancia jurisdiccional a la que pueden aspirar, comprobación que no será posible si no se respetan las reglas sobre la motivación, con independencia de la valía del nombrado.

SEXTO.- El recurso debe ser desestimado, pues los motivos de impugnación que hemos visto no pueden prosperar según vamos explicar seguidamente. Para ello, alteraremos en parte el orden en que los formula la demanda pues antepondremos, por razones sistemáticas, el examen del relativo a la motivación al que se refiere a la infracción del principio de igualdad.

(A) Don Jose Antonio contaba en el momento de vencer el plazo de presentación de solicitudes con los años de servicios en la Carrera Judicial necesarios para aspirar a la promoción a magistrado del DIRECCION000 . Así, los artículos 344 a) y 343 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exigen, al menos, quince años de servicios en la Carrera Judicial. Y su artículo 311.5 determina que a los miembros de la Carrera Fiscal que superen las pruebas de especialización se les computarán en la Carrera Judicial los prestados en aquélla. En fin, el artículo 354.2 dice:

"A los jueces y magistrados en situación de servicios especiales se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos. Tendrán derecho a la reserva de la plaza que ocupasen al pasar a esa situación o la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma".

Aplicados al caso dan el resultado de que, efectivamente, el Sr. Jose Antonio cumplía este requisito, pues la suma de su tiempo de servicio activo en ambas carreras y del que estuvo en servicios especiales supera con creces esos quince años. No hay en esos preceptos, ni en ningún otro, previsión expresa alguna que excluya o impida su aplicación a este caso. Por eso, la demanda, para llegar a la conclusión que defiende ha debido construir una argumentación que, bajo la calificación de la categoría de magistrado del DIRECCION000 como noción autónoma, mantiene que la antigüedad requerida para acceder a ella ha de ser, exclusivamente, la que se ha adquirido ejerciendo efectivamente la jurisdicción, por lo que no valdría ni el tiempo de servicio en la Carrera Fiscal ni el que transcurrió en servicios especiales. Son dos los apoyos principales en los que descansa tal planteamiento: la doctrina sentada por la sentencia de 28 de junio de 1994 (recurso 7015/1992) sobre el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el estatuto que la Ley Orgánica del Poder Judicial ha dado a los magistrados del DIRECCION000 .

Sucede, sin embargo, que ni se puede trasladar aquí lo dicho respecto del nombramiento del Fiscal General del Estado, ni de ese estatuto se desprende lo que defiende la Sra. Piedad .

El artículo 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contempla un nombramiento que corresponde hacer al Gobierno, no tiene por qué recaer en un miembro de la Carrera Fiscal, ni de ningún otro cuerpo pues sólo requiere al menos quince años de ejercicio efectivo en la profesión de jurista, condición a la que añade la de su reconocido prestigio, sin distinguir más. La efectividad del ejercicio que contempla no se refiere, pues, a



la propia de un cuerpo o carrera, sino a la material del trabajo jurídico. Y tiene este significado, precisamente, por no estar reservado el cargo a funcionarios. De ahí que la sentencia de 28 de junio de 1994 precisara este extremo –habla de ejercicio efectivo de esta profesión de jurista como noción autónoma que requiere una interpretación autónoma– y no aceptara para el cómputo de esos quince años el tiempo en el que el entonces nombrado, don Sixto, permaneció en servicios especiales en la Carrera Judicial mientras fue gobernador civil y delegado del Gobierno: tales cargos no implicaban un trabajo jurídico, ni exigían para su desempeño la licenciatura en Derecho.

Bien distinto es este caso, tanto por las normas aplicables [los artículos 344 a) y 343 de la Ley Orgánica del Poder Judicial] como por los sujetos afectados [el Consejo General del Poder Judicial y magistrados] y por el contexto: la integración del nombramiento en el *cursus honorum* de la Carrera Judicial y la relevancia que en él tienen los principios de mérito y capacidad, según se ha explicado. Faltan, pues, los elementos de identidad necesarios para trasladar aquí interpretaciones ligadas a un supuesto diferente.

En cuanto al estatuto de los magistrados del DIRECCION000 debe repararse en que es, como no podía ser de otro modo, según el artículo 299.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el que en ella se establece. Y, si bien se caracteriza inmediatamente como magistratura de ejercicio en el apartado 3 de ese precepto, eso no significa que tal carácter deba aplicarse retrospectivamente a la interpretación de los requisitos para acceder a la categoría. Buscando, por tanto, en la Ley Orgánica nos encontramos con las disposiciones ya mencionadas. Y tienen el sentido que resulta de los términos en que las ha elaborado el legislador, no el que les atribuye la demanda. Así, ya hemos visto lo que dicen los artículos 344 a) y 343 y lo que no dicen. Ahora, recordaremos que nada permite pensar que ese artículo 311.5 no sea aplicable para el cómputo del requisito de la antigüedad cuando se trate del acceso de un magistrado especialista al DIRECCION000. Ni su tenor, ni su ubicación sistemática [en la regulación del ingreso y el ascenso en la Carrera Judicial], ni la finalidad que persigue permiten defenderlo.

De los años en que el Sr. Jose Antonio fue Director General de Objeción de Conciencia y de Relaciones con la Administración de Justicia, hay que decir que, incluso, si se aceptara el razonamiento de la sentencia de 28 de junio de 1994, procede contarlos, pues ambos son cargos de evidente contenido jurídico a diferencia de lo que sucedía con los de gobernador civil y delegado del Gobierno. Basta con examinar el artículo 4 del Real Decreto 1882/1996, de 2 de agosto, y el artículo 4 del Real Decreto 1203/2010, de 24 de septiembre, para comprobarlo. Ahora bien, no son convincentes las razones en las que se apoya la demanda para excluir la aplicación del artículo 354.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: es un precepto incluido entre los que regulan la situación de los jueces y magistrados, es decir de todos los integrantes de la Carrera Judicial y no se ha establecido la excepción que quiere la Sra. Piedad.

Desechados los aspectos principales sobre los que se basa este motivo de impugnación, los restantes decaen –la comparación con el Fiscal General del Estado y con los magistrados del Tribunal Constitucional– por falta de identidad con el caso que nos ocupa.

(B) Reprocha la Sra. Piedad al Consejo General del Poder Judicial no haber cumplido las exigencias sobre la motivación de los nombramientos de magistrado del DIRECCION000 establecidas por la jurisprudencia y recogidas en la modificación del Reglamento de Organización y Funcionamiento de aquél efectuada por el acuerdo de 25 de junio de 2008.

Entre otros extremos por los que lo afirma se encuentran estos: (1) ausencia de las razones por las que la Comisión de Calificación dio preferencia a los integrantes de la terna y, en particular, falta de referencia a su labor jurisdiccional y a sus sentencias (artículo 74.2.4º del Reglamento), sin que (2) conste que en el Pleno se deliberara sobre ello y se precisaran ni que tuviera en cuenta los informes adicionales a que se refiere el artículo 74.3 de aquél, con lo que no se ha cumplido la finalidad propia de la motivación; (3) falta de justificación del cambio de criterio sobre el agotamiento por quienes desempeñan cargos gubernativos de sus mandatos; y, en fin, (4) el trato igualitario que da a los solicitantes el informe de la Sala de Gobierno de la DIRECCION001.

La lectura del informe de la Comisión de Calificación muestra que en él se da el perfil de la plaza, se identifican las fuentes de conocimiento y se deja constancia de que se aplicaron a todos los solicitantes por igual. También expresa ese informe las razones por las que fue preferido un primer grupo de aspirantes y las que, después, llevaron a proponer la terna finalmente elevada al Pleno. La propia demanda así tiene que reconocerlo. Es cierto que no se hace mención alguna a la Sra. Piedad, pero es igualmente verdad que no era necesario pues ni lo exige el artículo 74 del Reglamento ni lo ha requerido la jurisprudencia (sentencia de 23 de noviembre de 2009). En todo caso, no se limitó a los propuestos en la terna pues alude explícitamente también a otros aspirantes.

La Comisión de Calificación no se refiere en concreto a la actividad jurisdiccional de los solicitantes. No obstante, sí señala que tras el examen de las sentencias que aportaron puede afirmar la excelencia que les caracteriza a los integrantes de la terna y el alto nivel de la formación y la amplia experiencia jurisdiccional de



todos los solicitantes. Por otro lado, aunque su informe ocupa un lugar central entre los distintos documentos a través de los que se han de expresar las razones que llevan al Consejo General del Poder Judicial a la decisión final, también se ha aceptado que puedan resultar del conjunto del expediente o de las deliberaciones del Pleno (sentencias de 29 de mayo de 2006 y de 23 de noviembre de 2009). Pues bien, en este sentido, debe subrayarse que en el celebrado el 28 de enero de 2010, la intervención del vocal Sr. Sebastián permitió señalar los aspectos del trabajo jurisdiccional del Sr. Jose Antonio cuya especial valoración, junto con los otros aspectos de su currículum, justificaban que fuera propuesto. Conviene indicar a este respecto que las menciones que hizo ese vocal a las materias abordadas en las sentencias en las que fue ponente el recurrido se corresponden con las afrontadas por las que obran en el expediente administrativo.

Apreciados en su conjunto todos los materiales señalados, cabe sostener que reflejan de manera suficiente los motivos, fundados en el mérito y la capacidad, que explican la decisión tomada por el Pleno. Frente a esta realidad, los restantes defectos apuntados por la demanda carecen de relevancia para invalidar esta conclusión. Así, el Pleno tuvo noticia de todos los solicitantes y de toda la información reunida sobre todos ellos, tuvo presente no sólo la terna sino las candidaturas adicionales que le fueron elevadas y, con el conocimiento de todo ello, escuchó las intervenciones de los vocales Sebastián y Hilario, decidiendo después a favor del Sr. Jose Antonio, si bien otros aspirantes incluido uno de los que no figuraban en la terna recibieron votos. En estas condiciones no resulta extraño que el acuerdo que comunica el Secretario General explique en los términos arriba recogidos la decisión tomada.

La falta de referencias al informe anual previsto en el artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el sentido del informe emitido por la Sala de Gobierno de la DIRECCION001 sobre los magistrados solicitantes destinados en su Sala de lo Contencioso Administrativo no cambian lo anterior. Lo primero porque las fuentes de conocimiento utilizadas ofrecen información completa sobre todos los aspirantes. Lo segundo porque ninguna incidencia negativa ha tenido un informe favorable para todos, también para la recurrente, y porque en esta ocasión existían, como se ha visto, elementos expresivos del por qué de la preferencia apreciada en los méritos y capacidad del Sr. Jose Antonio a diferencia de lo sucedido en el asunto resuelto por la sentencia de 23 de noviembre de 2009. Y tampoco consta que haya tenido alguna consecuencia negativa la mención al expediente de seguimiento del que se ocupa el otrosí digo primero de la demanda.

Algo parecido hay que decir del denunciado cambio de criterio sobre la incidencia del desempeño de los cargos gubernativos a la hora de seleccionar los solicitantes que han de ser propuestos al Pleno del Consejo General del Poder Judicial. De nuevo, la actora se sirve de la sentencia de 23 de noviembre de 2009 para sostener sus posiciones sobre aspectos singulares del procedimiento en el que se dictó el acto impugnado. Sucede, sin embargo, que, más que un problema de motivación, la recurrente está cuestionando el criterio de selección elegido por el Consejo. En todo caso, el nombramiento recurrido entonces se hizo en circunstancias diferentes al que se ha hecho ahora: la composición del Consejo General del Poder Judicial era otra, la plaza distinta, los candidatos tenían características diversas, como siempre sucede con las trayectorias personales, y los informes y actuaciones de los órganos del Consejo General del Poder Judicial tampoco coincidían exactamente con las habidas aquí. Por tanto, extrapolar una pauta singular adoptada en aquél contexto específico para elevarlo a canon general de la legalidad de la motivación, parece excesivo. La sentencia invocada, es verdad, juzgó razonable esa pauta seguida entonces pero ese pronunciamiento, como en general sucede con la mayor parte de los que se hacen por los tribunales, está estrechamente unido a las circunstancias del litigio en el que se hizo y no se nos ha demostrado que ahora sean las mismas.

(C) Doña Piedad no ha sido tratada con desigualdad respecto de don Jose Antonio .

Ese trato desfavorable lo afirma a partir de la consideración de que los méritos que ella presenta son superiores en antigüedad, experiencia y labor jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, docencia y publicaciones, principalmente. En tal valoración prima la demanda la posición escalafonal, los años de servicio, el número de sentencias dictadas en las que fue ponente la actora y el porcentaje en que han sido confirmadas, al igual que las materias abordadas en ellas y, también las publicaciones y actividades docentes.

No hay duda de que esos méritos revelan, como dice el informe de la Comisión de Calificación, su alto nivel de formación jurídica y su amplia experiencia jurisdiccional, razones por las que la valoró, junto a los demás solicitantes, positivamente. Podemos añadir que expresan una carrera profesional brillante. Sin embargo, es en este punto donde debe cobrar todo su sentido cuanto ha venido afirmando la Sala desde la sentencia de 29 de mayo de 2006: el procedimiento para proveer las plazas de magistrado del DIRECCION000 previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial no es un concurso de méritos sujeto a baremo. Por el contrario, tiene la naturaleza singular que le atribuye la posición propia del DIRECCION000 y la de órgano constitucional encargado del gobierno del Poder Judicial que corresponde al Consejo y, dentro de él, asegurado el respeto a los límites representados por la exigencia de motivación y a los demás elementos reglados, juega su libertad de apreciación, mientras no se transgrede el principio de interdicción de la arbitrariedad.



Esto significa que los factores cuantitativos, en principio, no son determinantes y que juegan principalmente los cualitativos. Así ha sido en este caso y de esa naturaleza son los que han tenido en cuenta la Comisión de Calificación para formar la terna y el Pleno para hacer la elección, tal como lo reflejan el informe de la primera y las intervenciones que hubo en el segundo y sus respectivos reflejos en el acuerdo correspondiente.

Planteada la cuestión ya en este plano sustantivo, surgen con facilidad las posibilidades de desacuerdo ya que, en función de la perspectiva que se adopte, cabe llegar a resultados diferentes. Ahora bien, siendo plenamente legítimas las opiniones que entiendan que debería primarse, por ejemplo, la antigüedad en la Carrera Judicial o en el escalafón de especialistas o la continuidad en un órgano colegiado, o el número de sentencias en las que se ha sido ponente y la medida en que han sido confirmadas o no, tal diferente posición no supone que sea arbitraria ni que incurra en la discriminación constitucionalmente prohibida la adoptada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Situada su elección entre magistrados cuyos méritos, dentro del nivel de la excelencia profesional en el ejercicio de la jurisdicción, ha distinguido con argumentos precisos y válidos, no hay razón para concluir que un determinado número de años de ejercicio o la más prolongada permanencia en un órgano de la jurisdicción o haber sido ponente de un número concreto de sentencias, por seguir con los ejemplos anteriores, se ha de transformar necesariamente en factor de preferencia. O para afirmar que optar, en los términos en que lo ha hecho el Consejo General del Poder Judicial en este caso, por un aspirante menos antiguo implica falta de proporción y arbitrariedad.

Naturalmente, todo esto se dice en función de las características de la controversia suscitada en este proceso, por lo que no excluye que, en circunstancias diferentes, llevemos más adelante nuestro análisis para resolver si los aspectos cualitativos tomados en consideración por el Consejo General del Poder Judicial para decidir un nombramiento tienen entidad suficiente para primar sobre los susceptibles de ser medidos y si, por tanto, se ha incurrido en arbitrariedad.

(D) Siendo ciertos los datos ofrecidos por la demanda sobre la adscripción de los nombrados a los que hace referencia a las asociaciones judiciales mencionadas e, incluso, que, en general, los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial recaen, muy por encima de la proporción de miembros de la Carrera Judicial asociados, en afiliados a las asociaciones de jueces y magistrados, particularmente a la Asociación Profesional de la Magistratura y a Jueces para la Democracia, tal realidad no significa que el nombramiento de don Jose Antonio se haya debido, en lugar de a los méritos que en él ha apreciado el Consejo General del Poder Judicial, a su pertenencia a la Asociación Profesional de la Magistratura.

Tal como se ha explicado, de las actuaciones se desprende que ha sido su bagaje profesional el que ha llevado a su nombramiento, no su condición de asociado. De otro lado, fuera de las cifras, incontestables, la recurrente no nos ha ofrecido ningún elemento que permita establecer lo contrario, de manera que entre aquéllas y la elección que se discute aquí no se ha establecido una relación a partir de la cual quepa pensar, ni siquiera a nivel de indicio, que el Consejo General del Poder Judicial ha actuado en esta ocasión por motivos distintos de la elección del aspirante más cualificado por mérito y capacidad. Por tanto, tampoco este motivo puede ser acogido.

Importa, no obstante, añadir que la pertenencia a una asociación profesional no invalida ni disminuye los méritos y la capacidad profesional acreditada por los jueces y magistrados en su quehacer jurisdiccional y que tienen tanto derecho como los no asociados a ser promovidos en razón de esos méritos y capacidad a magistrados del DIRECCION000 y a ser nombrados para los demás cargos que no se cubren por concurso reglado. Ese derecho, claro está, lo tienen también y en no inferior medida los que no forman parte de ninguna asociación –que suman prácticamente la mitad de la Carrera Judicial– y ha de presumirse que entre ellos hay tantos o, por lo menos un número no inferior al que se encuentra entre los asociados que poseen el nivel de experiencia profesional que se ha visto en este caso y, por tanto, tienen iguales cuando no mejores condiciones para merecer uno de estos nombramientos como los jueces y magistrados que forman parte de una asociación, especialmente de la Asociación Profesional de la Magistratura y de Jueces para la Democracia, que son las dos en las que se vienen concentrando.

Estas realidades refuerzan la importancia de la motivación y ponen de manifiesto su trascendencia pues la evidencia de que son el mérito y la capacidad los que determinan los nombramientos despejará las dudas que, de otro modo, serán inevitables y pondrán en cuestión la confianza de los ciudadanos en el Consejo General del Poder Judicial y en la medida en que se discutan sus nombramientos por estas razones en los Tribunales en que han de servir los nombrados.

SÉPTIMO.- De lo expuesto hasta ahora resulta que el recurso debe ser desestimado y que son inadmisibles las pretensiones relacionadas con el informe de la Sala de Gobierno de la DIRECCION001 y con el expediente de seguimiento, pues el primero es un acto de trámite no cualificado y el segundo es un procedimiento diferente al que no se ha ampliado el recurso y no consta que haya tenido relevancia en la actuación impugnada.



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

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

FALLAMOS

1º Que declaramos inadmisibles las pretensiones relacionadas con el informe de la Sala de Gobierno de la DIRECCION001 y con el expediente de seguimiento al que se refiere el otrosí digo primero de la demanda.

2º Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 137/2010, interpuesto por doña Piedad contra el Real Decreto 129/2010, de 12 de febrero, por el que se promueve a la categoría de magistrado del DIRECCION000 a don Jose Antonio .

3º Que no hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez D. Ricardo Enriquez Sancho D. **Pedro Jose Yague Gil D. Jesus Ernesto Peces Morate D. Rafael Fernandez MontalvoD. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Juan Jose Gonzalez Rivas** D. Enrique Lecumberri Marti D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Nicolas Maurandi Guillen D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Santiago Martinez-Vares Garcia D. Eduardo Espin TempladoD. Juan Gonzalo Martinez Mico D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Rafael Fernandez ValverdeD^a. Celsa Pico Lorenzo D. Octavio Juan Herrero Pina D. Emilio Frias Ponce** D. Jose Diaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas D. Manuel Martin Timon D. **Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Angel Aguallo Aviles D. Joaquin Huelin Martinez de VelascoD^a Maria del Pilar Teso Gamella D. Juan Carlos Trillo Alonso** D. Antonio Marti Garcia Agustin Puente Prieto D. Oscar Gonzalez Gonzalez D. Ramon Trillo Torres

TRIB

UNAL SUPREMO *Sala de lo Contencioso-Administrativo*

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:03/02/2011

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE que formula el Magistrado D. Ramon Trillo Torres:

Este voto particular quiere expresar la insuficiencia de la que a mi juicio y con pleno respeto al de mis compañeros de Sala, adolece la contestación que se da en la sentencia al tema planteado por la recurrente sobre la gran diferencia escalafonal y por ende de antigüedad entre ella y el candidato cuyo nombramiento consideramos ajustado a derecho en esta sentencia.

Al tratarse de cubrir una plaza de especialista de lo Contencioso-Administrativo en el DIRECCION000 , puede partirse de una inicial igualdad material de los aspirantes derivada del hecho objetivo de haber superado las oportunas pruebas selectivas para el acceso a la especialidad y por eso excluir como valor de referencia sustancial el de la diferencia en el escalafón general (nº NUM000 la señora Piedad , nº NUM001 don Jose Antonio), pero esta degradación de valor no es posible si tomamos como parámetro el escalafón de la especialidad, compuesto a la sazón por un total de 109 magistrados y en el que doña Piedad figuraba con el nº NUM002 y el señor Jose Antonio con el NUM003 , es decir, que su nombramiento determinó un adelanto de más de un tercio del total de sus componentes al ser preferido a aquella para acceder al DIRECCION000 .

Ya desde el inicio de la nueva jurisprudencia sobre el control jurisdiccional de las potestades del Consejo para hacer nombramientos discrecionales, mantuvimos que los méritos de referencia a tener en cuenta para ocupar el cargo de Magistrado del DIRECCION000 habrían de ser esencialmente los de "solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional" (sentencia de 29 de mayo de 2006).

A mi modo de ver, consecuencia de esta afirmación es la de que, en principio, saltos escalafonales tan pronunciados como el acontecido en este caso precisarían para ser justificados de una argumentación más específica y motivada que la que se formula en la sentencia en el apartado c) del fundamento de derecho sexto, en el que, calificándolos de meramente cuantitativos, los datos relativos al tiempo de ejercicio de la jurisdicción y a la posición escalafonal se desvalorizan hasta un límite que prácticamente los hace inocuos.



Es en este punto en el que quiero expresar mi disconformidad con la argumentación de la sentencia: pienso que si la excelencia en el desempeño jurisdiccional es el factor esencial a valorar en cuanto al mérito y capacidad para acceder al DIRECCION000, una diferencia tan acusada en el tiempo de servicios y en el orden escalafonal transmite una idea de mayor experiencia en aquel desempeño a favor de la recurrente que no puede ser absorbida por una alusión genérica a la excelencia profesional de ambos aspirantes, que liberaría al Consejo de expresar algún motivo explícito para preferir al notoriamente más moderno.

Sin duda el Consejo ha detectado en este caso esa necesidad o, -si no lo ha hecho- sí ha dado una razón específica para el nombramiento del Sr. Jose Antonio, al decir que *"de su trayectoria profesional cabe destacar especialmente y en primer término la experiencia jurisdiccional que supone venir desempeñando la presidencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la DIRECCION001, lo que proporciona al candidato no solo una formación jurídica profunda en el orden jurisdiccional mencionado por la naturaleza de los asuntos que conoce, sino además una visión global de las distintas materias de esta jurisdicción, que cobra especial relevancia a la hora de acceder a una plaza en la Sala Tercera del DIRECCION000"*.

No cabe negar que la razón que se hizo explícita tiene, por así decirlo, "razonabilidad", pero el tema no es el de si es extravagante o arbitraria de por sí -que ciertamente no lo es- sino el de determinar si en ella se encuentra motivación bastante para dar por bueno el salto escalafonal dado por el Consejo al hacer el nombramiento.

Es en este punto donde acuso la insuficiencia de la sentencia, que creo que ésta autojustifica cuando afirma que:

"Naturalmente, todo esto se dice en función de las características de la controversia suscitada en este proceso, por lo que no excluye que, en circunstancias diferentes, llevemos más adelante nuestro análisis para resolver si los aspectos cualitativos tomados en consideración por el Consejo General del Poder Judicial para decidir un nombramiento tienen entidad suficiente para primar sobre los susceptibles de ser medidos y si, por tanto, se ha incurrido en arbitrariedad".

Alguien intentó introducir en el debate el tema cualitativo de si la razón dada por el Consejo era suficiente, proporcionada, para justificar el salto sobre la diferencia de antigüedad de ambos aspirantes, pero lo cierto es que el mismo no se produjo, de modo que resulta plenamente ajustado el texto redactado por el ponente en el párrafo citado en cuanto expresivo del parecer de la Sala, si bien para mí el resultado es -repito- insatisfactorio, porque la Sala se privó de la ocasión de pronunciarse sobre un cuando menos inicial indicio de falta de proporción en el motivo del nombramiento que debió de dejar completamente despejado.

Es esta razón la que me lleva a emitir este voto concurrente, en el que no me pronuncio sobre si realmente el motivo era proporcionado o no, debido a la práctica ausencia de tratamiento de la cuestión en el debate habido.

Fdo.: D. Ramon Trillo Torres

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:03/02/2011

VOTO PARTICULAR, que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesus Ernesto Peces Morate al discrepar de la decisión adoptada por el Pleno de la Sala Tercera del DIRECCION000 en las sentencias pronunciadas con fechas 3 de febrero de 2011 (recurso 137/2010), 4 de febrero de 2011 (recurso 588/2009) y 7 de febrero de 2011 (recursos 337 y 343/2009):

PRIMERO: A pesar de tratarse de cuatro pleitos diferentes, las razones por las que el Pleno de la Sala ha desestimado los respectivos recursos contencioso-administrativos frente a los cuatro nombramientos de Magistrados del DIRECCION000 (tres de la Sala Tercera y uno de la Sala Quinta) son sustancialmente coincidentes, salvo en alguna cuestión, que, en cuanto a esta discrepancia, no es decisiva para alterar mi postura, aunque bien es cierto que en uno de ellos, concretamente el nº 137/2010, emití voto favorable a la desestimación por las causas que al final expondré.

SEGUNDO: Desde que el plenario de esta Sala escogió la senda de la revisión de los acuerdos de nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial (Sentencias de 29 de mayo de 2006 -recurso 309/2004 -, 27 de noviembre de 2007 -recurso 407/2006 - y 23 de noviembre de 2009 -recurso 372/2008) a través de su motivación, puse de relieve en las deliberaciones que, aun siendo un medio idóneo para controlar la discrecionalidad de tales nombramientos, no resultaría eficaz para este fin, como lo evidencian los litigios que ahora resuelve el Pleno de la Sala a través de las cuatro sentencias respecto de las que hago patente mi discrepancia.



No me parece ese un medio eficaz porque, aunque escrutar la motivación de las decisiones discrecionales representa un control formal de las mismas, nadie mejor que los jueces, singularmente los que enjuicamos la actividad de las Administraciones Públicas, conocemos la existencia de lo que el realismo jurídico denomina "motivaciones hipócritas", que no sólo se dan en la vía administrativa sino también, como es lógico, en sede jurisdiccional.

Son aquéllas que, después de adoptar la decisión por una causa concreta, ésta no se hace explícita y se justifica mediante argumentos más o menos laboriosamente elaborados.

No siempre las razones de esas decisiones son espurias o desacertadas, sino que no se considera oportuno expresarlas abiertamente, con lo que, en definitiva, contienen una motivación inveraz por no ser la auténticamente determinante de la decisión.

En situación parecida se encuentra un magistrado que redacta una sentencia sin estar de acuerdo con sus colegas de Sala ni con la motivación de aquélla. Otro tanto sucede al juez de un tribunal colegiado que no compartiendo la decisión la avala con su firma sin manifestar su disenso.

Estos comportamientos son legítimos, pero evidencian que no siempre las razones expresadas para justificar una decisión o un acuerdo se comparten y no son precisamente los que han conducido a adoptarlos.

Después trataré de explicar que esto es lo que viene sucediendo con los polémicos nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial, como lo demuestran los pleitos que se vienen suscitando y lo refleja el sentir de un amplio sector de jueces y magistrados.

TERCERO: No cabe duda que en el aumento de las impugnaciones de esos nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial han influido factores económicos y sociales, cual son el sensible aumento de las retribuciones a los magistrados del DIRECCION000 a partir de la aprobación de su estatuto y la imparable asimilación del oficio judicial con una carrera funcionarial.

Para acreditar lo primero basta con examinar las Leyes de Presupuestos Generales del Estado a partir de la aludida reforma y su correlación con el número de solicitantes de plazas vacantes en las distintas Salas del DIRECCION000 .

De lo segundo son prueba las denominaciones utilizadas en estas mismas sentencias del Pleno, en las que se equipara la progresión de los jueces en el escalafón a un *cursus honorum* y se califica como su culminación la adquisición de la condición de magistrado del DIRECCION000 .

Es lógico que cualquiera aspire a mejores retribuciones y a ser admitido en el selecto grupo de la *excelencia*, lo que explica tanta cuestionabilidad, que no deriva de que los nombramientos para magistrados del DIRECCION000 sean ahora objetivamente más discutibles que lo fueron antes, sino de que se dan unas condiciones socioeconómicas que propician un aumento de esa litigiosidad en torno a ellos, aunque, en mi opinión, no es ésta la causa principal y última de las impugnaciones.

Antes de proseguir, debo mostrar mi frontal desacuerdo con esa especial *excelencia*, que, según afirman las sentencias del Pleno, requiere el oficio de magistrado del DIRECCION000 . Tal *excelencia* es exigible en igual medida a cualquier juez, pues sólo una mínima parte de los pleitos llega al DIRECCION000 y el buen o mal quehacer de éste viene condicionado por el de todos los integrantes de la estructura judicial, especialmente de los jueces y magistrados, ya que la jurisprudencia no es sino la síntesis de un diálogo entre todos ellos.

CUARTO: Tengo que destacar también mi discrepancia con las sentencias del Pleno, de fechas 4 de febrero de 2011 (recurso 588/2009) y 7 de febrero de 2011 (recurso 343/2009), en cuanto reducen la revisión del acuerdo de nombramiento de magistrado del Tribunal Supremo a los límites y ámbito personal de los contendientes.

Ese acto administrativo, al ejercitarse frente a él una acción de nulidad y no de plena jurisdicción, debe ser examinado y revisado en su integridad, es decir en todo su alcance y dimensión, para decidir si es o no contrario a derecho, sin limitar su enjuiciamiento a la posición del nombrado y del impugnante, aunque procesalmente haya que respetar la legitimación, el principio de contradicción y la congruencia con los planteamientos de los litigantes.

No me parece, por tanto, acertado sostener que si un litigante alude o se refiere a la posición, capacidad y méritos de los demás solicitantes de la plaza, deba, según la tesis de la que disiento, rechazarse ese examen, que, en mi opinión, puede servir para contrastar la legalidad o ilegalidad del acuerdo impugnado.

QUINTO: Por la misma razón, no ha sido certero el planteamiento de los demandantes, que han optado por comparar sus méritos y capacidad con los de los nombrados para sostener que los suyos son superiores a los de éstos, pues quien ha de apreciarlo no es esta Sala del DIRECCION000 sino el Consejo General del Poder Judicial, al que corresponde efectuar los nombramientos, de modo que resulta completamente impropio



solicitar, como uno de ellos ha pedido, que la Sala anule el nombramiento impugnado y le designe a él para la plaza vacante.

Al no ser cometido jurisdiccional valorar el mérito y la capacidad para acceder a la plaza de magistrado del DIRECCION000, la Sala no ha puesto en duda o en tela de juicio, ni ahora ni en los pleitos resueltos con sus anteriores sentencias, el mérito y la capacidad de los designados ni ha comparado la de éstos con la de los recurrentes o del resto de los solicitantes, sino que ha tratado de controlar, a través de la exigencia de una rigurosa motivación del acuerdo, el uso correcto de la discrecionalidad por el Consejo General del Poder Judicial, lo que, a mi juicio, no se ha conseguido porque, como he indicado, las motivaciones pueden ser, y de hecho lo son en ocasiones, *hipócritas*, es decir para justificar una designación realizada por circunstancias no expresadas en la propia resolución.

La sentencia de fecha 4 de febrero de 2011 (recurso 588/2009) alude (párrafo cuarto del fundamento séptimo) a una motivación implícita, lo que, en cierta forma, corrobora lo dicho.

Salvo en uno de los nombramientos impugnados, en el que se da una razón para hacerlo, que sólo concurre en el designado, cual es que ha sido durante cuatro años Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la DIRECCION001, para los demás se trata de hechos con alcance estrictamente jurisdiccional perfectamente predicables de la mayoría de los solicitantes.

SEXTO: El dato decisivo para controlar la discrecionalidad del Consejo en los nombramientos es el sistema empleado para efectuarlos.

Las sentencias de fechas 3 de febrero de 2011 (recurso 137/2010) y 7 de febrero de 2011 (recurso 337/2009) declaran probado que « *los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial recaen, muy por encima de la proporción de miembros de la Carrera Judicial asociados, en afiliados a las asociaciones de jueces y magistrados, particularmente a la Asociación Profesional de la Magistratura y a Jueces para la Democracia* ».

La de fecha 7 de febrero de 2011 (recurso 343/2009) se hace eco de « *la notoriedad que ha adquirido la preocupación social existente sobre que en los nombramientos de los altos cargos judiciales están primando pactos y cuotas asociativas, con el resultado de que sea muy excepcional la promoción a esos cargos del amplio contingente de jueces y magistrados que no están asociados* ».

Con independencia de tales hechos acreditados en las actuaciones procesales, en las deliberaciones de Sala se dio lectura a declaraciones de vocales del Consejo General del Poder Judicial que evidenciaban la aludida realidad de primar en los nombramientos discrecionales a los jueces asociados, singularmente a las dos mencionadas asociaciones, aunque alguna vacante, a veces, se deje para otra, pero siempre en manifiesto detrimento de los jueces y magistrados no asociados, que suman la mitad de la Carrera Judicial, según esas mismas sentencias.

De los cuatro nombramientos ahora impugnados, dos corresponden a una de esas asociaciones y los otros dos a la otra.

Es, a su vez, un hecho notorio la presencia abrumadora de jueces y magistrados pertenecientes a esas dos asociaciones como vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Otro dato constatable, a través de la consulta del Boletín Oficial del Estado, del orden del día de los Plenos del Consejo General del Poder Judicial o de las actas de éste, es la alternancia con la que se posponen nombramientos o se producen éstos en función del perfil ideológico y asociativo de los solicitantes.

No se puede afirmar que tal circunstancia no sucediese antes, pero se ha hecho más visible y apreciable desde la exigencia legal de mayoría cualificada para efectuar los nombramientos discrecionales por el Consejo General del Poder Judicial.

SEPTIMO: De todos esos hechos acreditados se deduce, con toda lógica, que en el Consejo General del Poder Judicial y en su Comisión de Calificación se pactan y distribuyen los nombramientos por razones clientelares y, una vez realizada la elección, se justifica o motiva, incluso siguiendo las pautas señaladas en las sentencias de esta Sala, recogidas por el propio Consejo en su Reglamento de Organización y Funcionamiento modificado por acuerdo de 25 de junio de 2008 y actualmente en el vigente Reglamento 1/2010, motivación que no ha evitado, hasta ahora, esos pactos y cuotas.

Si el Consejo General del Poder Judicial hubiese utilizado rectamente su discrecionalidad en el nombramiento de magistrados para el DIRECCION000 no se hubiera producido esa alternancia entre los afiliados a dos concretas Asociaciones, con preterición de *excelentes* magistrados no asociados, ni habría disuadido a otros, que no están dispuestos a participar en esas prácticas jurídicamente reprochables, donde prima el clientelismo



frente a la objetividad que debería regirlos, a salvo siempre de los errores consustanciales a la condición humana.

En un cálculo razonable de probabilidades, dado el número de jueces y magistrados no asociados, resulta imposible que los asociados tengan proporcionalmente mayor mérito y capacidad para acceder al DIRECCION000 , cuando éstos son precisamente los pertenecientes a las dos Asociaciones con mayor intervención en el *debate público*, que tanto riesgo de prejuicio y parcialidad genera.

OCTAVO: Por lo expuesto considero que los cuatro recursos interpuestos debieron ser estimados, con anulación de los acuerdos impugnados, para que se tramite un nuevo procedimiento sin condicionamientos ajenos al mérito y capacidad.

Indiqué al inicio que explicaría la razón por la que en la primera votación, correspondiente al recurso 137 de 2010, me uní, sin embargo, al voto favorable a la desestimación.

En primer lugar, después de expresar ante el Pleno mi discrepancia, me limité a secundar un criterio unánime, que no compartía por los argumentos que expuse pero que no podía considerar menos certero que el mío, y, en segundo lugar, porque era el único de los cuatro nombramientos, revisados por el Pleno de la Sala, en el que el Consejo había dado como razón determinante del nombramiento un hecho que sólo en el promovido a magistrado del DIRECCION000 concurría, cual era haber desempeñado cuatro años la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la DIRECCION001 , cuando los magistrados que le habían precedido en el cargo habían sido ascendidos también a la categoría de magistrado de la Sala Tercera del DIRECCION000 .

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

Fdo.: D. Jesus Ernesto Peces Morate

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, junto con los votos particulares, por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.