

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Sexta
Sentencia núm. 486/2021

Fecha de sentencia: 08/04/2021

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

Número del procedimiento: 23/2020

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 18/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Rosario Maldonado

Picón--

Transcrito por: PJM

Nota:

Resumen

ACUERDO DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CGPJ de 21-11-2019 por el que se eleva al Pleno la propuesta de nombramiento a favor de determinados candidatos; ACUERDO DEL PLENO DEL CGPJ de 28-11-2019 por el que SE PROMUEVE A LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO y REAL DECRETO 730/2019, de 13-12, por el que SE PROMUEVE A LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO A D. FERNANDO MARÍN CASTÁN.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 23/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Rosario Maldonado

Picón--

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Sexta
Sentencia núm. 486/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Eduardo Espín Templado

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Antonio Montero Fernández

En Madrid, a 8 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Sexta por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 2/23/2020, interpuesto por D. Carlos Melón Muñoz, representado por el procurador D. Rafael Gamarra Megías y bajo la dirección letrada de D. Ignacio del Diego Nerín, contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de noviembre de 2019, por el que se eleva al Pleno propuesta de nombramiento a favor de los aspirantes que relaciona; contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2019, por el que se promueve a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo a Fernando Marín Castán, y contra el Real Decreto 730/2019, de 13 de diciembre, por el que se promueve

a la categoría de Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo a don Fernando Marín Castán. Son partes demandadas el Consejo General del Poder Judicial, representado y defendido por el Sr. Abogado del Estado; D. Fernando Marín Castán, representado por el procurador D. Jacobo de Gandarillas Martos y bajo la dirección letrada de D. Santiago Andrés Milans del Bosch Jordán de Urriés, y D. Ricardo Cuesta del Castillo, representado por el procurador D. Jacobo de Gandarillas Martos y bajo la dirección letrada de D. Santiago Andrés Milans del Bosch Jordán de Urriés.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 20 de enero de 2020 la representación procesal del demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de noviembre de 2019, por el que se eleva al Pleno propuesta de nombramiento a favor de los aspirantes que relaciona y contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2019, por el que se promueve a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo a Fernando Marín Castán, así como contra el Real Decreto 730/2019, de 13 de diciembre, por el que se promueve a la categoría de Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo a don Fernando Marín Castán, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 14 de enero de 2020.

Se ha tenido por interpuesto dicho recurso por diligencia de ordenación de 3 de febrero de 2020.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña

documentación, en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia estimatoria del recurso, por cuya virtud declare la nulidad del acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de noviembre de 2019 y, en consecuencia, del acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2019 y del Real Decreto 730/2019, de 13 de diciembre y ordene que se proceda a una nueva convocatoria para la provisión de la plaza de magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, turno jurídico-militar, por la jubilación de D. Francisco Menchén Herreros y que se tramite la convocatoria con arreglo a derecho, evitando en particular incurrir en las infracciones del ordenamiento jurídico a las que se refiere la demanda; subsidiariamente, que se ordene la retroacción de actuaciones de la convocatoria con objeto de que ésta sea tramitada con arreglo a derecho, evitando incurrir en las infracciones del ordenamiento jurídico a las que se refiere la demanda, con reconocimiento en este caso del derecho del demandante a ser incluido en la terna de la propuesta para la provisión de la plaza; y que se condene en costas al Consejo General del Poder Judicial, en caso de que se oponga a la demanda.

Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada, y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, expresando los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y los medios probatorios de los que intenta valerse, así como la realización del trámite de conclusiones por escrito.

TERCERO.- De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito por el que la contesta y en el que tras las alegaciones oportunas suplica que se dicte sentencia por la que se declare inadmisibile o, en su defecto, se desestime la impugnación de la convocatoria de la provisión de la plaza de magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo vacante por la jubilación del Sr. Menchén Herreros, anunciada mediante acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 10 de octubre de 2019; que se desestime la impugnación del acuerdo de la Comisión Permanente del

Consejo General del Poder Judicial de 21 de noviembre de 2019 por el que se efectúa la propuesta al Pleno para la provisión de la plaza antes referida, del acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2019 por el que se propone promover a la categoría de magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo a D. Fernando Marín Castán y del Real Decreto 730/2019, de 13 de diciembre, por el que se promueve a la categoría de Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo a don Fernando Marín Castán; subsidiariamente y para la hipótesis de que se dictase una sentencia estimatoria, que se reconozca la situación jurídica individualizada del Sr. Marín Castán (y, eventualmente, también del Sr. Cuesta del Castillo) a mantener a estos efectos la situación administrativa de servicio activo que han tenido en el procedimiento ahora enjuiciado durante todas sus fases -incluida la toma de posesión- en el nuevo procedimiento selectivo o en la repetición parcial del convocado por el referido acuerdo de 10 de octubre de 2019, según cual fuese el contenido de esa hipotética sentencia; todo ello con los demás pronunciamientos legales.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda. La representación procesal de D. Ricardo Cuesta del Castillo solicita en su escrito, al que adjunta documentación, que se dicte sentencia por la que se acuerde la inadmisión por desviación procesal e incumplimiento del artículo 45 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entre el escrito de interposición del recurso y la demanda; subsidiariamente, que se desestime el recurso contencioso-administrativo y demanda presentada en todos sus extremos, y que se haga expresa imposición de costas al demandante ex artículos 68.2 y 139.1 de la Ley jurisdiccional. A través de los oportunos otrosíes expresa que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada, y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del recurso, manifestando los puntos de hecho sobre los que debería versar y los medios probatorios que propone, y declara que no considera necesaria la celebración de vista.

También el procurador de D. Fernando Marín Castán ha presentado escrito de contestación a la demanda, mediante el que se adhiere a los

formulados por el Abogado del Estado y por el otro codemandado. Contiene el escrito el mismo suplico el presentado por la representación procesal de D. Ricardo Cuesta del Castillo, así como otrosíes en los mismos términos.

CUARTO.- Mediante decreto de 1 de septiembre de 2020 la Letrada de la Administración de Justicia ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose seguidamente auto de 17 del mismo mes acordando el recibimiento a prueba del mismo, con admisión de las pruebas documentales propuestas por las partes demandante y codemandada.

QUINTO.- Finalizada la fase probatoria se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado, declarándose posteriormente conclusas las actuaciones.

SEXTO.- Por providencia de fecha 2 de marzo de 2021 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 18 de marzo del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

Don Carlos Melón Muñoz impugna en el presente recurso contencioso administrativo los siguientes tres acuerdos: el acuerdo de la Comisión Permanente de 21 de noviembre de 2019, por el que se eleva al Pleno la propuesta de candidatos para la provisión de la plaza de magistrado del Tribunal Supremo vacante por jubilación de don Francisco Menchén Herreros; el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2019, por el que se propone promover a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a don Fernando Marín Castán; y el Real Decreto 730/2019, de 13 de diciembre, por el que se promueve al mencionado

don Fernando Marín a la categoría de Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Afirma el recurrente que su discrepancia tiene que ver, sobre todo, con el primero de dichos actos, que excluye su candidatura de la propuesta al Pleno del Consejo General del Poder Judicial de forma plenamente contraria a derecho, con lesión de sus legítimos derechos e intereses.

La demanda se basa en los motivos que ahora enunciamos sucintamente, como hace el recurrente al abordar la fundamentación jurídica de la demanda, y que luego examinamos con el detalle que resulte necesario al exponer la posición de la Sala. Los motivos son los siguientes:

a. La convocatoria de la plaza es anterior a que se produzca la vacante que se pretende cubrir, lo que sería contrario al artículo 12.2 del Reglamento 1/2010.

b. Los acuerdos impugnados son contrarios a derecho por manifiesta falta de motivación de la decisión de excluir al recurrente de la terna propuesta por la Comisión Permanente.

c. Los acuerdos impugnados son contrarios a derecho por no incluir al recurrente en la terna, al margen ya de la falta de motivación, por su objetiva idoneidad para optar a la provisión de la plaza (esto es, para su inclusión en la terna).

d. Los actos impugnados son constitutivos de desviación de poder, pues su fin no era proponer al más idóneo para la plaza, sino predeterminedar el resultado a favor de uno de ellos.

e. Los acuerdos impugnados son contrarios a derecho por la omisión de los informes preceptivos exigidos por las bases de la convocatoria.

Tanto el Abogado del Estado como las partes codemandadas consideran que ninguna de tales objeciones determina la nulidad de los actos impugnados.

Examinaremos en primer lugar los motivos puramente formales, esto es, el primero y el último; veremos luego el segundo y el tercero, referidos a su derecho a ser incluido en la terna para poder optar a la plaza y a la motivación de la propuesta efectuada pro la Comisión Permanente; finalmente, examinaremos, en su caso, la imputación de desviación de poder.

El recurso es deliberado y resuelto por la Sala simultáneamente con el 2/22/2019, interpuesto por el mismo demandante contra la cobertura de otra plaza de Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- Sobre el momento de la convocatoria.

Considera el recurrente que la convocatoria de la plaza litigiosa tenía la finalidad de cubrir la vacante producida por la jubilación forzosa de don Francisco Menchén Herreros, la cual se produjo el 1 de diciembre de 2019. Dicha jubilación se declaró por acuerdo de la Comisión Permanente de 18 de julio de 2019, con efectos, como es obvio, a partir de la citada fecha de jubilación forzosa. Para el actor, el que la convocatoria estuviera acordada antes de que la jubilación de don Francisco Menchén Herreros surtiera efectos es contrario a lo dispuesto en el artículo 12.2 del Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional, y constituye una irregularidad invalidante de todo el proceso que conduce al nombramiento impugnado.

El Abogado del Estado, a cuya contestación se adhiere el codemandado don Ricardo Cuesta del Castillo, así como don Fernando Marín Castán, objetan que la convocatoria no fue impugnada en su momento y que constituye, por tanto, un acto firme y consentido. Tienen razón y el motivo debe ser rechazado. La convocatoria de una plaza -en ese y en otros ámbitos- tiene sustantividad propia y puede ser impugnada por sus propios méritos, por

lo que si no se hace así deviene sin duda un acto firme y consentido como arguyen las partes codemandadas. El propio recurrente es consciente de ello cuando, tanto en su escrito de interposición como en la propia demanda, delimita con claridad de forma expresa que los actos recurridos son la propuesta de candidatos elevada al Pleno por la Comisión Permanente, la propuesta de promoción de don Fernando Marín Castán a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo formulada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y el Real Decreto de nombramiento. No resulta admisible, por tanto, que luego desarrolle un motivo dirigido exclusivamente y de forma directa contra el acto de la convocatoria, aunque como es obvio, si se acogiera el mismo arrastraría todas las actuaciones subsiguientes.

Digamos también, por otro lado, que en abstracto no cabe descartar que en una hipotética alegación de desviación de poder -que efectivamente se alega en el cuarto motivo del presente recurso-, se pudiera aducir que actos previos y no impugnados en su momento pudieran haber sido preparatorios para la adopción de una decisión desviada de su finalidad. Pero no es ese el caso de la alegación que se discute, en la que se objeta la convocatoria en sí misma considerada por contraria a derecho, en concreto y como ya se ha dicho, por ser anterior a la vacante que se había que cubrir y en contra de lo dispuesto en el artículo 12.2 del Reglamento 1/2010, sobre nombramientos discrecionales.

Dicho lo cual, digamos de forma sumaria que no tiene razón el recurrente. El artículo 12.2 que cita del Reglamento 1/2010 dice efectivamente que las vacantes de las plazas objeto del Reglamento se anunciarán para su cobertura mediante la publicación del acuerdo de convocatoria «inmediatamente de producidas». Pero no hay inconveniente en entender que la vacante se produce con la declaración de la jubilación forzosa, en el bien entendido que la efectividad tanto de la jubilación como de la vacancia quedan deferidos a la fecha en que se produce la jubilación forzosa. Tal interpretación es conforme con la pretensión de la Ley de que no se produzca dilación alguna en la cobertura de la plaza desde que la jubilación es efectiva, en beneficio del mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, tal como se evidencia

con el artículo 386.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicho precepto dice literalmente que la jubilación por edad de jueces y magistrados «se decretará con la antelación suficiente para que el cese en la función se produzca efectivamente al cumplir la edad de setenta años». Si la Ley se preocupa de que el cese se produzca puntualmente en la fecha de cumplimiento de la edad al objeto de que no haya dilación alguna en la cobertura de la plaza, es coherente que la convocatoria de la misma se anticipe también a dicha fecha con igual finalidad.

TERCERO.- Sobre la omisión de informes preceptivos.

a. *Planteamiento.*

En el quinto y último motivo la parte recurrente aduce que se han omitido los tres informes preceptivos contemplados en la base quinta de la convocatoria. Dicha base tiene el siguiente tenor:

«Quinta. *Informes.*

Se recabará informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central y del Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo en relación con la actividad de los candidatos relativa al desempeño de actividades jurisdiccionales.

Se recabará informe del Ministerio de Defensa en relación con la actividad de los candidatos relativa a las actividades de asesoramiento al mando u otras funciones propias del Cuerpo Jurídico Militar diferentes del desempeño de funciones jurisdiccionales.

Se podrán recabar, en su caso, los informes que procedan de las Universidades, centros de formación, Administraciones y organismos en los que la persona que opte a la plaza alegue haber prestado servicios o realizado actividades, así como de los Colegios Profesionales correspondientes.»

Como resulta de manera inconcusa de su texto, la base quinta configura los tres informes contemplados en los dos primeros párrafos como informes preceptivos, si bien no vinculantes. Y no resulta controvertido, pues efectivamente no constan en el expediente y su ausencia es aceptada sin reservas por el Abogado del Estado, que dichos informes ni siquiera llegaron a ser solicitados por el Consejo General del Poder Judicial.

b. *Alegaciones de las partes.*

Así las cosas, tienen razón las partes en que la cuestión a dilucidar no es tanto la ausencia de dichos informes, plenamente acreditada, sino los efectos jurídicos de su ausencia, esto es, las consecuencias de la manifiesta infracción procedimental cometida por el Consejo General del Poder Judicial al no recabar los informes preceptivos contemplados en la base quinta de la convocatoria que el propio órgano había considerado oportuno prever.

Pues bien, puestos en este plano, el recurrente sostiene que la falta de tales informes preceptivos debe conducir a la nulidad del acuerdo, sin que pueda minusvalorarse su importancia. No solo se trata de informes preceptivos, sino que su contenido podría condicionar el contenido de la propuesta de la Comisión Permanente y de la posterior decisión del Pleno. Menciona un precedente en un supuesto distinto (STS de 5 de julio de 2019, recurso 4478/2016) y descarta otro en los que el informe se había solicitado (STS de 24 de noviembre de 2011, recurso 4883/208).

El Abogado del Estado señala que no hay ninguna norma legal o reglamentaria que exija los informes previstos en la base quinta de la convocatoria. En consecuencia, entiende que una omisión de informes en la producción de un acto administrativo sería un vicio de anulabilidad cuyos efectos invalidantes dependerían de que concurriera alguno de los dos supuestos previstos en el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, esto es, indefensión de los interesados o que la omisión de los informes suponga que el acto carece de los requisitos formales imprescindibles para alcanzar su fin. El Abogado del Estado descarta que se pudiera hablar en este supuesto de indefensión y sostiene que el criterio a considerar es el de si concurren los requisitos formales imprescindibles para la finalidad del acto. En ese sentido afirma que la jurisprudencia ha negado virtualidad anulatoria cuando es razonablemente previsible que la presencia del informe omitido no hubiese alterado el contenido de la nueva resolución o, dicho en otros términos, que el informe sea determinante para la resolución del procedimiento (SSTS de 20 de marzo de 2001 -recurso 236/1998-; 16 de julio de 2002; y 18 de mayo de 2011 -recurso 3107/2007-).

En definitiva, entiende el Abogado del Estado que los informes omitidos tratan de ilustrar al órgano decisor sobre la entidad, cuantitativa y cualitativa, de la actividad jurisdiccional o de asesoramiento, u otras distintas de las jurisdiccionales, desarrolladas por el candidato. Y que en ningún caso pueden versar sobre la aptitud, idoneidad o profesionalidad del informado. No constituyen, afirma, informes de carácter técnico o emitidos por órgano consultivo y, mucho menos, son vinculantes o pueden condicionar la potestad discrecional que tiene atribuido el Consejo General del Poder Judicial. Por lo demás, el Consejo tenía a la vista los méritos profesionales alegados por los candidatos, de los que no había cuestionado ninguno, y pudo valorarlos debidamente en las respectivas comparecencias.

Viene a concluir el Abogado del Estado que los informes omitidos resultaban prescindibles, en el sentido de que la situación del órgano decisor hubiera sido la misma, de haber sido emitidos, que la que se encontró sin su emisión.

De manera análoga, don Ricardo Cuesta del Castillo rechaza la relevancia de la emisión de los informes omitidos y señala que la alegación parte de la errónea premisa de su carácter preceptivo.

c. *Decisión de la Sala.*

La Sala entiende que tiene razón el demandante. Esta conclusión deriva de las siguientes premisas:

c.1. Previsión de los informes en las bases. El Consejo General del Poder Judicial consideró conveniente contar con determinados informes relativos a los méritos profesionales de los aspirantes a las plazas vacantes para la Sala Quinta del Tribunal Supremo. En consecuencia, el Consejo incluyó la solicitud de tales informes en las bases de sendas convocatorias con carácter preceptivo.

c.2. Contenido de los informes. Los citados informes, aun teniendo delimitado su objeto a su experiencia profesional, no tenían ninguna limitación en cuanto a su contenido, en contra de lo que afirma el Abogado del Estado.

c.3. Incidencia de los informes en la decisión. No hay ninguna razón para excluir *a priori* y de forma inconcusa que tales informes pudieran haber influido en la valoración del órgano decisor en relación con uno o varios de los solicitantes.

c.4. Consecuencia de la omisión de los informes. La consecuencia es que la omisión de un trámite preceptivo que pudiera haber influido en la decisión debe determinar la nulidad de ésta, sin que ello suponga el menor desdoro de la discrecionalidad de dicha decisión que, fuera de los elementos reglados, este Tribunal ha asegurado en reiteradas ocasiones.

c.1. *Previsión de los informes en las bases.*

La propuesta y nombramiento de cargos discrecionales se encuentra regulada por el artículo 326.2 de la LOPJ y por el Reglamento 2/2010, en lo que no haya sido derogado o modificado por aquel precepto. Ciertamente, ninguna de las dos disposiciones requiere la solicitud de los informes contemplados en la base quinta de las convocatorias de las dos plazas vacantes de la Sala Quinta de este Tribunal Supremo, la impugnada en este procedimiento y la impugnada en el 23/3019 por el mismo demandante. Sin embargo, el citado precepto legal se remite a las bases aprobadas por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial para plasmar las exigencias legales en cuanto la apreciación del mérito y capacidad, dejando un amplio margen al órgano constitucional para su concreción. A la vista del tenor del artículo 328.2 de la LOPJ, no cabe duda de que el Consejo puede obrar como lo hizo e incluir la solicitud de informes que considere convenientes para alcanzar la mejor y más fundada decisión en la cobertura de una plaza. No es, por tanto, admisible el argumento de que el órgano decisor hubiera podido alcanzar su decisión sin la solicitud de los informes, puesto que al no estar estos exigidos por la ley, tal aserto no pasa de ser una obviedad. La cuestión es determinar

si, una vez incluida su exigencia en las bases con carácter preceptivo, el órgano decisor puede prescindir de ese elemento del procedimiento, lo que veremos en el punto c.4. Basta ahora con constatar que la previsión legal del artículo 326.2 de la LOPJ y el reglamento 2/2010 no vedan que el Consejo General del Poder Judicial autolimite su decisión discrecional añadiendo un elemento reglado consistente en unos informes preceptivos no vinculantes, como son los que se discuten, por considerar que su inclusión puede resultar necesaria o simplemente útil para adoptar su decisión.

c.2. Contenido de los informes.

La base quinta, reproducida más arriba, es meridianamente clara en cuanto al objeto de los informes, que es coherente con el órgano al que se solicitan. Así, al Presidente de la Sala Quinta del Tribunal supremo y a la Sala de gobierno del Tribunal Central Militar, se le solicita informe sobre el desempeño de los candidatos en actividades jurisdiccionales. Y al Ministerio de Defensa sobre su actividad de asesoramiento al mando u otras funciones propias del Cuerpo Jurídico Militar diferentes de las jurisdiccionales.

Ahora bien, en contra de lo que afirma el Abogado del Estado, nada hay en la base quinta, ni en su letra ni en la finalidad de los informes que se solicitan, que excluya que dichos informes puedan hacer referencia, además de lo que constituye su contenido imprescindible -la vertiente técnico-jurídica del desempeño de los candidatos en las tareas mencionadas- a la idoneidad y forma de desarrollar tales tareas en la medida en que los órganos consultados puedan tener conocimientos de datos relevantes. O, dicho de otra forma, tal como el Pleno del Consejo General del Poder Judicial redactó la base quinta de las convocatorias, los informes puede versar sobre cualquier aspecto relevante que haga referencia al desempeño de los candidatos en las tareas que se indican en la base.

c.3. Incidencia de los informes en la decisión.

La afirmación del Abogado del Estado que el contenido de los informes no hubiera podido alterar la decisión, puesto que el órgano decisor ya contaba con toda la información necesaria sobre su labor profesional no es posible admitirla como una verdad irrefutable. Si así fuera de modo incontrovertible no se entiende la razón de haber previsto que se recabasen tales informes. Si lo hizo en su momento el Pleno es porque entendió que podían ser necesarias o, al menos, útiles para formar o asegurar la mejor decisión. Ha de tenerse en cuenta que no se trata en este supuesto de la aplicación, tiempo después, de una previsión genérica contenida en una norma previa, sino de un acto, aprobación de las bases, con una proyección directa e inmediata en el tiempo sobre los actos controvertidos, la provisión de una plaza de magistrado del Tribunal Supremo, que se ejecuta mes y medio más tarde. Fuera cual fuera la razón por la que no se solicitaron los informes, no puede admitirse que en tan breve lapso de tiempo los mismos hubiesen pasado de ser útiles a prescindibles hasta el punto de no ser siquiera solicitados. En definitiva, rechaza la Sala que pueda admitirse que el Pleno del Consejo entendiera que pese a aprobar la necesidad de unos informes preceptivos -que otra cosa hubiera sido que se hubiesen configurado como opcionales- el 28 de octubre, cubriera la plaza sin recabarlos, en contra de lo que preveía la base quinta, por considerarlos inútiles, el 28 de noviembre. Tales informes quizás no hubieran cambiado la decisión, pero si el Consejo había acordado que se solicitasen en porque entendía que su contenido podía ayudar a formar la decisión que había de adoptar, fuese o no distinta a la que adoptó con infracción del procedimiento previsto en las bases.

CUARTO.- Sobre la composición de las ternas.

La irregularidad de la omisión de los informes preceptivos contemplados en la base quinta de la convocatoria conlleva ya, como en el procedimiento 2/22/2019, la estimación del recurso. Y si bien al tratarse de una irregularidad procedimental que pudiera haber afectado al resultado bastaría para considerar innecesario el examen de los restantes motivos aducidos por el actor, resulta imprescindible en este caso examinar también la irregularidad procedimental denunciada en los motivos segundo y tercero, en relación con la

composición de las ternas. En efecto, siendo así que resultará necesario ordenar la retroacción de actuaciones para subsanar la omisión de informes preceptivos, es preciso asimismo verificar cualquier otra irregularidad procedimental alegada en el recurso, como la supuestamente cometida en la conformación de las ternas, al objeto de que no se reitere en la repetición de las actuaciones.

Como se acaba de indicar, el recurrente critica la composición de la propuesta formulada al Pleno por la Comisión Permanente en sus motivos segundo y tercero. En la segunda alegación el recurrente se centra en la exigencia de motivación, que en el caso habría de versar especialmente sobre la formación de la propuesta y sobre la decisión de que se integrase sólo con dos candidatos, excluyéndole a él; pero ya en este motivo se aduce la obligatoriedad de que la terna sea tal, es decir que la propuesta se integre con tres candidatos salvo que concurra y se motive alguna de las excepciones reglamentariamente previstas. El tercer motivo se dedica a la infracción consistente en la no formulación de una terna, en contra de lo previsto en las bases, con la indebida exclusión de un candidato idóneo como lo era el recurrente. Centraremos el examen en la alegación procedimental común en ambos motivos -que se solapan en gran medida- referida a la formulación de una propuesta no constitutiva de terna sin la debida motivación o justificación de que concurriese alguna de las excepciones previstas reglamentariamente.

El artículo 16 del Reglamento 2/2010 prevé en sus apartados 4 y 5 la propuesta de candidatos para la provisión de la plaza que la Comisión Permanente (Comisión de Calificación en el citado Reglamento) debe hacer al Pleno. En concreto, el apartado 5 dice:

«5. La propuesta incluirá una relación de al menos tres candidatos, salvo que sea menor el número de solicitantes. Esta propuesta deberá ser motivada mediante valoración en conjunto de los méritos, capacidad y circunstancias de cada aspirante. La valoración tendrá en cuenta, al menos, los siguientes elementos:

- a) Descripción de los méritos que se han considerado adecuados a la plaza anunciada.
- b) Descripción de los materiales empleados como fuentes que se hayan manejado para conocer los méritos de los aspirantes, elaborada a partir del currículum y de la documentación presentada por cada uno de ellos, de los datos obrantes en el Consejo General del Poder Judicial y de los que haya podido obtener la Comisión de Calificación.

- c) Resumen de los trámites cumplidos por el Consejo General del Poder Judicial, con reseña, en su caso, de las incidencias que se hubieran producido.
- d) Justificación de la propuesta, con indicación de las condiciones apreciadas en los integrantes de la misma, que fundamenten su superior idoneidad para desempeñar la plaza convocada respecto a los demás no incluidos en ella. Se expresarán los elementos que permitan controlar que no se haya producido discriminación por razón de género.

A tal efecto, se ponderarán las actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que acrediten una relevante competencia jurídica y la aptitud necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional específica en la plaza anunciada, así como para el de aquellas otras funciones que sean inherentes al cargo.

Entre otros méritos se considerarán los mencionados en los artículos 5 y siguientes del presente Reglamento.

Cuando se trate de plazas de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en las correspondientes al turno de la Carrera Judicial podrán ponderarse las experiencias jurisdiccionales con mayor proximidad o afinidad a la materia que es objeto de conocimiento en dicha Sala. En las reservadas a miembros del Cuerpo Jurídico Militar podrá darse una especial prevalencia a las trayectorias profesionales más directamente relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción militar.

La propuesta de la Comisión de Calificación se redactará por orden alfabético de aspirantes, salvo que concurren méritos o circunstancias que justifiquen la confección por orden de preferencia.»

Por su parte, la base séptima de la convocatoria tiene el siguiente tenor:

«Séptima. Calificación y proposición de ternas.

Una vez concluidas las comparecencias, la Comisión Permanente formulará una propuesta con tres candidaturas para su posterior elevación al Pleno una vez aprobada la terna por la Comisión. La propuesta podrá tener un número inferior de personas que opten a la plaza cuando no haya aspirantes suficientes o cuando la valoración de los que hubiesen presentado solicitud no justifique su inclusión en la terna. de manera excepcional la propuesta podría contener un número superior de candidaturas cuando la similitud en los méritos o la ponderación que pueda hacerse de ellos así lo justifiquen.

La propuesta de terna se configurará estableciendo una prelación entre las candidaturas propuestas, detallará de manera pormenorizada, y por relación a los distintos apartados de las bases, los méritos que concurren en las personas que optan a la plaza y explicitará la ponderación individualizada y de conjunto que justifique la inclusión de candidaturas en la terna frente a las que no se incorporan, así como el orden de prioridad de aquéllas.

La propuesta de terna se elevará al Pleno para la adopción del acuerdo de nombramiento que corresponda.»

Ambas disposiciones parten de que la propuesta ha de consistir en una terna en su sentido propio, esto es, que debe integrarse de tres nombres por plaza a cubrir, admitiendo, sin embargo, excepciones justificadas tanto al alza como a la baja. Así, tanto el Reglamento 2/2010 como la base séptima admiten que la propuesta sea de menos candidatos cuanto los solicitantes

sean menos de tres, lo que no es sino una causa de necesidad; la citada base también admite la propuesta de menos de tres cuando la Comisión entienda y justifique que no haya tres candidatos con méritos suficientes para ser incluidos en la propuesta. Finalmente, la base séptima también admite «de manera excepcional» una propuesta de más de tres candidatos «cuando la similitud en los méritos o la ponderación que pueda hacerse de ellos así lo justifique». Así pues y tal como alega el demandante, cualquier alteración de la previsión del Reglamento 2/2010 y de las bases de que la propuesta se articule mediante ternas (hablar de ternas de tres no es sino una mera redundancia) sólo cabe en los supuestos expresamente previstos y debe hacerse constar en la correspondiente motivación, salvo quizás el supuesto de menos de tres concursantes que, obviamente, se explica por sí mismo.

El demandante se extiende ampliamente en uno de los epígrafes de este motivo sobre la necesaria motivación en los nombramientos discrecionales para órganos judiciales. Pero en el presente caso y en lo que respecta al acuerdo de formación de las ternas, el deber de motivación se proyecta principalmente sobre la decisión de no haber propuesto ternas, sino duplas, para ambas plazas, habiendo como había cuatro concursantes, esto es más de los tres necesarios para configurar cada una de las preceptivas ternas.

Pues bien, el acuerdo de la Comisión Permanente de 21 de noviembre de 2019 justifica la propuesta de dos nombres en los siguientes términos:

«FORMACIÓN DE LAS TERNAS

Considerando idóneos para la plaza a los cuatro candidatos; con potencialidades muy similares, y ante el mandato del Pleno de este Consejo, que instó a la Comisión Permanente a realizar a realizar ternas de no más de tres candidatos. Se designa para esta plaza por orden alfabético a:

FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, EMILIO EDUARDO

MARÍN CASTAN, FERNANDO»

A la vista de lo que disponía la base séptima, transcrita *supra*, si la Comisión Permanente era del criterio de que los cuatro candidatos tenían

parecidos méritos, lo más apropiada parece que hubiera sido justificar en los términos requeridos por la citada base una propuesta con los cuatro candidatos. Pero si, dado el mandato del Pleno, no quería la Comisión superar los tres candidatos por propuesta, tanto el Reglamento 2/2010 como la base séptima requerían de forma inexcusable que se optase, con la debida motivación, por los tres candidatos que la Comisión considerase con mayores merecimientos, aunque ello supusiera dejar fuera a uno de los cuatro candidatos de una o de ambas propuestas. Lo que no podían hacer era prescindir lisa y llanamente de las exigencias legales y hacer una amigable componenda con ambas plazas, dos candidatos para cada una de ellas, decisión que abre la puerta a todo tipo de posibles especulaciones sobre la selección de cada una de las duplas, justo lo contrario a la voluntad de objetivación del legislador en los criterios que deben guiar estos nombramientos, fuera del núcleo de amplia discrecionalidad que comportan en cuanto a la decisión del Pleno sobre el candidato a promover en definitiva para la plaza.

Así las cosas, es claro que en la necesaria reiteración del procedimiento a partir del momento en que se infringió la legalidad con la omisión de trámites preceptivos, la posterior propuesta de la Comisión Permanente deberá respetar la exigencia reglamentaria y de las bases de que se formulen ternas salvo que, con la debida motivación, se justifique el supuesto extraordinario de una propuesta con más solicitantes. Solución que, de adoptarse y dada la valoración ya emitida sobre los cuatro concursantes, habría de proyectarse sobre las dos plazas cuyos procedimientos se tramitaron de forma simultánea y ahora se ven de nuevo en el momento anterior a la propuesta de la Comisión Permanente al objeto de que se recaben los informes preceptivos que se omitieron y se formule después la preceptiva propuesta.

QUINTO.- Sobre la estimación del recurso y su alcance.

De lo visto en los anteriores fundamentos de derecho se deriva la estimación del recurso por infracción del procedimiento, al considerar esta

Sala que se han cometido dos infracciones procedimentales con efectos invalidantes de todo el proceso posterior y de los acuerdos impugnados. Por un lado, se ha omitido un trámite previsto en las bases como preceptivo y que pudiera haber afectado a la decisión adoptada por el Consejo en cuanto a la propuesta de provisión para la plaza de Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Por otro lado, la propuesta al Pleno efectuada por la Comisión Permanente se hizo también con infracción del procedimiento al no formularse en una terna, habiendo más de dos solicitantes y siendo todos ellos, según afirma expresamente la Comisión, idóneos para ocupar la plaza vacante.

La estimación por estas dos infracciones procedimentales hace innecesario examinar el resto de alegaciones del recurrente, tanto de aspectos referidos de forma específica a la falta o deficiencia de motivación de los actos recurridos en relación con los méritos del recurrente, como a la supuesta desviación de poder. En ambos casos, el procedimiento incurrió en vicios formales generadores de invalidez cuales eran, como se ha justificado, la omisión de un trámite preceptivo y la incorrecta formulación de las propuestas al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

Hemos de decidir por tanto el alcance de nuestra decisión estimatoria del recurso, pues en las circunstancias que concurren no basta la mera anulación de los actos impugnados. Ciertamente la estimación supone, en primer lugar, la nulidad de los tres actos impugnados: la propuesta de candidatos elevada por la Comisión Permanente al Pleno, la propuesta de provisión efectuada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial por acuerdo de 28 de noviembre de 2019 a favor de don Fernando Marín Castán y el subsiguiente Real Decreto 730/2019, de 13 de diciembre, de nombramiento como Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo del citado don Fernando Marín Castán.

Ahora bien, la nulidad de dichos actos no trae causa de ninguna circunstancia que ataña a don Emilio Eduardo Fernández-Piñeyro Hernández ni a don Fernando Marín Castán, como tampoco a los demás solicitantes que

fueron propuestos por la Comisión Permanente para concurrir por la otra plaza vacante de la misma Sala Quinta del Tribunal Supremo. Quiere esto decir que la nulidad de los actos que aquí declaramos por razones estrictamente procedimentales y de exclusiva responsabilidad del órgano decisor no debe redundar en perjuicio de los legítimos intereses de los aspirantes a ser promovidos a las plazas vacantes en la Sala Quinta del Tribunal Supremo a que su solicitud sea tramitada y resuelta de conformidad a derecho.

El respeto a la posición jurídica de los que en su momento firmaron unas convocatorias con cumplimiento de todos los requisitos personales y profesionales hace que debamos retrotraer el procedimiento al momento en que la Comisión Permanente decidió los solicitantes que elevaba al Pleno para que éste decidiera a quien promovía a la plaza vacante sin que se hubieran solicitado previamente los referidos informes preceptivos.

Cuatro cuestiones restan por tratar en cuanto a la ejecución de esta sentencia: sobre los candidatos a las plazas vacantes; sobre los informes indebidamente omitidos y sobre la propuesta de ternas por parte de la Comisión Permanente; sobre el órgano decisor; y sobre el plazo de ejecución.

Los candidatos.

En lo que respecta a los candidatos, es claro que la retroacción al momento anterior a la decisión de la Comisión Permanente sobre la propuesta de ternas al Pleno supone que el procedimiento continúa exclusivamente respecto a los candidatos que habían firmado la convocatoria y que habían cumplido todos los trámites previstos hasta ese momento. De ningún modo debe entenderse que se abre un nuevo período de firma o que lo tramitado hasta ese momento sufre la menor alteración, fuera de la necesaria solicitud de los informes omitidos. Con esta única excepción, el procedimiento se retrotrae al preciso momento en que el Consejo General del Poder Judicial infringió la legalidad al hacer la Comisión Permanente su propuesta al Pleno sin contar con los informes preceptivos. Los candidatos son, por tanto, los mismos cuatro que habían firmado las dos convocatorias a plazas de la Sala

Quinta del Tribunal Supremo y habían cumplido todos los trámites pertinentes en el momento al que ahora se retrotrae el procedimiento. Por consiguiente y esto es de la mayor importancia, para nada obsta a lo que ahora resolvemos los posteriores cambios que haya podido sufrir el *status* de los candidatos en cuanto a su condición en el Cuerpo Jurídico Militar, pues no se trata de una nueva convocatoria ni de un nuevo procedimiento, sino de retomar el mismo procedimiento a partir del momento en que se tramitó de manera irregular por el Consejo, en las mismas condiciones que concurrían cuando se infringió la legalidad. Cualquier otra solución supondría hacer recaer sobre los candidatos los efectos de la irregularidad cometida por el órgano decisor, que no por ellos.

Los informes omitidos y la propuesta de ternas.

Como se desprende de lo dicho sobre la relevancia de los informes previstos en las bases, los mismos deben ser recabados tal como impone la base quinta, lo que deberá hacerse de manera inmediata tras la retroacción de actuaciones. Es obvio que siendo su omisión la causa de nulidad de los actos impugnados en el presente recurso, tal irregularidad debe ser subsanada. Asimismo, lo dicho en relación con la propuesta de la Comisión Permanente requiere que dicha propuesta sea, al menos, de tres candidatos, esto es, una terna, salvo que se motive cumplidamente la concurrencia del supuesto extraordinario que contemplan las bases de una propuesta con más candidatos.

El órgano decisor.

Una cuestión que no puede dejar de estipularse con claridad en las actuales circunstancias es la situación del Consejo General del Poder Judicial, tanto del Pleno como, obviamente, de su Comisión Permanente. La convocatoria de la plaza litigiosa y su provisión ahora anulada se produjeron en prórroga de su mandato, por lo que su renovación, largamente retrasada, podría producirse en cualquier momento. Sin embargo, tal renovación, de producirse, es ajena a la ejecución de esta sentencia, que afecta al propio órgano constitucional, no a una determinada composición del mismo. Esta

sentencia habrá de ser cumplida en sus propios términos por el Consejo General del Poder judicial con esta u otra composición personal. Igual sucede en el supuesto de que el legislador modificara la capacidad del Consejo General del Poder Judicial para hacer nombramientos antes de su renovación o, incluso, que modificara la configuración de sus órganos internos, por muy improbable que todo ello ocurra en el breve plazo en que esta sentencia ha de ser ejecutada. Tales modificaciones, de producirse, no pueden afectar a una sentencia firme que retrotrae actuaciones a un momento anterior a tales hipotéticos cambios para que el procedimiento se repita conforme a derecho por el Consejo General del Poder Judicial en las circunstancias y condiciones existentes en aquel momento y con respeto a los intereses legítimos de los sujetos afectados por la irregular actuación del referido Consejo.

Plazo de ejecución.

Las especiales circunstancias que concurren en el caso presente y que se han expuesto en el presente fundamento, requieren una ejecución urgente que evite mayores dilaciones y una mayor complejidad en tal ejecución. Por ello y para que tanto el interés público en la pronta provisión de las vacantes en la Sala Quinta del Tribunal Supremo como el particular de los sujetos afectados tenga pronta satisfacción, todo el proceso deberá cumplirse en el plazo de un mes desde la notificación al Consejo General del Poder Judicial de esta sentencia, debiendo solicitar éste de manera inmediata los informes preceptivos y los órganos requeridos cumplimentarlos en el más breve tiempo que les sea posible.

SEXTO.- Costas procesales.

Siendo un asunto complejo y concurriendo dudas de derecho, no procede la imposición de costas procesales.

FALLO

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

1. Estimar el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por D. Carlos Melón Muñoz contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de noviembre de 2019, por el que se eleva al Pleno propuesta de nombramiento a favor de los aspirantes que relaciona; contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de noviembre de 2019, por el que se promueve a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo a Ricardo Cuesta del Castillo, y contra el Real Decreto 731/2019, de 13 de diciembre, por el que se promueve a la categoría de Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo a don Ricardo Cuesta del Castillo.

2. Anular los actos administrativos objeto del recurso.

3. Retrotraer el procedimiento al momento en que debieron solicitarse los informes preceptivos previstos en la base quinta de la convocatoria, que se recabarán de forma inmediata tras la notificación de esta sentencia. Se da un plazo de un mes al Consejo General del Poder Judicial para que formule la propuesta de provisión de la plaza vacante.

4. No imponer las costas procesales.

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

Así se acuerda y firma.

