

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
PLENO
SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 27/11/2007

REC.ORDINARIO(c/a)

Recurso Núm.: 407/2006

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 13/11/2007

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez

Escrito por: FGG

NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Amplia libertad del CGPJ derivada de su función constitucional de gobierno. Límites constitucionales a esa libertad: la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (art. 23.2) y la trascendencia del mérito y capacidad profesional en el sistema de carrera previsto para jueces y magistrados (art. 122 CE).

El requisito de motivación impone las siguientes exigencias: explicación de las razones que han determinado la concreta propuesta elevada al Pleno; expresión de las fuentes de conocimiento utilizadas para constatar los méritos apreciados en los candidatos incluidos en esa propuesta; y observancia del principio de igualdad en la selección de esas fuentes.

Num.: 407/2006

Votación: 13/11/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Nicolás Maurandi Guillén

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
PLENO**

S E N T E N C I A

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ramón Trillo Torres

Magistrados:

**D. Fernando Ledesma Bartret
D. Mariano de Oro-Pulido y López
D. Ricardo Enríquez Sancho
D. Pedro José Yagüe Gil
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. José Manuel Sieira Míguez
D. Rafael Fernández Montalvo
D. Óscar González González
D. Manuel Vicente Garzón Herrero
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Juan José González Rivas
D. Enrique Lecumberri Martí
D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D. Santiago Martínez-Vares García
D. Eduardo Espín Templado
D. Juan Gonzalo Martínez Micó**

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Rafael Fernández Valverde
D^a. Celsa Pico Lorenzo
D. Octavio Juan Herrero Pina
D^a. Margarita Robles Fernández
D. Emilio Frías Ponce
D. José Díaz Delgado
D. Eduardo Calvo Rojas
D. Manuel Martín Timón

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil siete.

Visto por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número 407/2006 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Il^lmo. Sr. Don EDUARDO SERRANO ALONSO frente a los Reales Decretos 1263/2006 y 1264/2006, ambos del 27 de octubre de 2.006, por los que fueron promovidos a la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo el Excmo. Sr. Don José Manuel López García de la Serrana y la Excm^a. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol.

Habiendo sido parte recurrida el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, representado por el ABOGADO DEL ESTADO; y partes codemandadas la Excm^a. Sra. Doña ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL, representada por el Procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, y el Excmo. Sr. Don JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, que ha comparecido personalmente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Il^lmo. Sr. Don EDUARDO SERRANO ALONSO se interpuso recurso contencioso-administrativo frente a los Reales Decretos 1263/2006 y 1264/2006 que antes se han mencionado, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez

recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, incluyó lo siguiente:

"PRETENSIÓN

Tenga por formalizada la presente demanda y en su día dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso administrativo, declare la nulidad de ambos nombramientos contenidos en los Reales Decretos 1263/2006 y 1264/2006, ambos de 27 de octubre, por los cuatro motivos expresados en los Fundamentos de Derecho de la presente demanda y con retroacción del procedimiento a la fase de la elaboración de informe por la Comisión de Calificación, para que se haga el mismo sobre todos los candidatos en virtud del principio de transparencia a que se refiere el FJ Sexto de la Sentencia de 29-5-06 y en estricta igualdad de candidatos sin influjo del principio de preferencia femenina, a fin de que el Pleno del Consejo vote en virtud de los principios de mérito y capacidad, por los aspirantes más idóneos. Sin declaración de costas".

SEGUNDO.- El señor ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que le es propia, se opuso a la demanda con un escrito que, tras realizar las alegaciones que estimó convenientes, suplicó:

"(...) dictar en su día sentencia desestimando el presente recurso contencioso administrativo".

TERCERO.- La representación de la Excma. Sra. Doña ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL contestó a la demanda, mediante escrito que, después de exponer los antecedentes de hecho y fundamentos que consideró de interés para la defensa de su posición procesal, terminó así:

"SUPLICO A LA EXCMA SALA: Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo dando por contestada la demanda formulada de contrario por la representación procesal de D. Eduardo Serrano Alonso, y, previos los trámites legales que fueran procedentes, se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda y confirmando el Real Decreto 1264/2006, cuya impugnación es objeto del presente procedimiento (...)".

CUARTO.- El Excmo. Sr. Don JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA presentó su escrito de contestación, que así mismo consignó los hechos y fundamentos de derecho que estimó relevantes para su oposición y finalizó en estos términos:

"SUPLICO A LA SALA tenga por contestada la demanda y dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente el recurso, confirmándolos Acuerdos recurridos y, en particular el nombramiento del que suscribe (...)".

QUINTO.- No hubo recibimiento a prueba y, declaradas conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 13 de noviembre de 2.007.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Magistrado lltmo. Sr. Don EDUARDO SERRANO ALONSO combate en el actual proceso los Reales Decretos 1263/2006 y 1264/2006, ambos del 27 de octubre de 2.006, por los que fueron promovidos a la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo el Excmo. Sr. Don José Manuel López García de la Serrana y la Excma. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol.

La pretensión deducida en su demanda reclama la nulidad de ambos nombramientos y la retroacción del procedimiento **"a la fase de la elaboración de informe por la Comisión de Calificación, para que se haga el mismo sobre todos los candidatos en virtud del principio de transparencia a que se refiere el FJ Sexto de la Sentencia de 29-5-06 y en estricta igualdad de candidatos sin influjo del principio de preferencia femenina, a fin de que el Pleno del Consejo vote en virtud de los principios de mérito y capacidad, por los aspirantes más idóneos (...)".**

Para apoyar tal pretensión la demanda invoca cuatro motivos de impugnación que son desarrollados en su apartado de *FUNDAMENTOS DE DERECHO*. Tres de ellos son comunes a los dos nombramientos que aquí se combaten y hay un cuarto sólo planteado en relación al nombramiento de la Excm. Sra. Virolés Piñol.

Los motivos de impugnación comunes son éstos:

(I) Discriminación del demandante porque sus méritos no fueron objeto de relación o enumeración por parte de la Comisión de Calificación del Consejo, con el consiguiente agravio comparativo frente a los aspirantes que sí figuraron en la terna.

(II) Infracción de los artículos 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 73 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial (ROF/CGPJ), que se habría producido por la falta de Informe de la correspondiente Sala de Gobierno y por la omisión de los datos resultantes de la actividad inspectora del Consejo.

(III) Déficit o vicio de motivación en ambos nombramientos.

El reproche circunscrito en exclusiva al nombramiento de la Excm. Sra. Virolés Piñol (IV) denuncia que estuvo determinado por el indebido influjo de lo que la demanda denomina literalmente la *cuota femenina*, que habría estado dirigida a favorecer el nombramiento de mujeres en el Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- La formulación de esos motivos de impugnación se ve precedida, en el apartado de *HECHOS* de la demanda, de unos alegatos que,

aparte de reseñar la andadura y datos más relevantes del procedimiento administrativo seguido (a los que más adelante se hará referencia), subraya estas dos principales ideas que continúan.

Que la del demandante, por su veteranía (35 años en la Carrera Judicial) y cualificación (es también Catedrático de Derecho civil excedente), era una "*candidatura de peso*" que, por esa razón y porque los principios de igualdad, transparencia, mérito y capacidad también así lo exigían, merecía haber sido objeto de una evaluación objetiva y por escrito que no existió.

Y que el Consejo se ha convertido en un órgano *opaco y politizado*, al estar "*hoy sujeto a los intereses de la alternancia de los dos grupos de vocales que se suceden en el gobierno del mismo según la composición del Parlamento que los nombra*"; y esto hace que sus nombramientos, en lugar de aparecer constitucionalmente incrustados en los principios de transparencia, igualdad, mérito y capacidad, estén "*factualmente condicionados por los cupos de vocales del PP-APM o PSOE-JD*".

La argumentación desarrollada para dar sustento a esos motivos de impugnación aparece, como ya se dijo, en el apartado de FUNDAMENTOS DE DERECHO de la demanda y, expuesta ahora en lo esencial, se puede resumir en lo que sigue.

Sobre la discriminación del recurrente por no sido haber valorados sus méritos (motivo de impugnación I), se menciona la proclamación de los principios de mérito y capacidad que expresamente hace el artículo 326.1 de la LOPJ para el ascenso y promoción dentro de la carrera judicial.

También se invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el alcance del artículo 23.2 CE, en lo que ha declarado sobre que el derecho fundamental consagrado en este precepto obliga a la Administración en los procesos selectivos a dispensar a todos una igualdad de trato, y se deduce de ello que la no enumeración de los méritos del recurrente debe ser considerada un acto discriminatorio.

Y se recuerda la doctrina ya sentada por el Pleno de esta Sala en sus sentencias de 29 de mayo y 27 de noviembre de 2006 sobre la significación que corresponde al Informe de la Comisión de Calificación del Consejo.

En relación con la falta de los Informes contemplados en los artículos 136 LOPJ y 73 ROF/CGPJ (motivo de impugnación II), se subraya lo esencial que es en esta materia el cumplimiento del procedimiento (con nueva cita de la Sentencia de 29 de mayo de 2006 del Pleno de esta Sala) y se defiende que la retroacción del expediente lo debe ser para que los Informes que han sido omitidos estén referidos a todos los candidatos.

Por lo que hace al denunciado *déficit o vicio de motivación* (motivo de impugnación III), la censura dirigida a la actuación impugnada es que lo incluido en el Informe de la Comisión de Calificación es una "*motivación formularia y aparente*", que no permite apreciar "*una verdadera motivación, sino apariencia o simulacro de la misma*".

Y se insiste en la actuación discriminatoria observada respecto del demandante.

En lo concerniente al indebido influjo de lo que la demanda llama "*cuota femenina*" (motivo de impugnación IV), se dice que el Consejo actuó aplicando el criterio aprobado en el Acuerdo de su Pleno de 22 de junio de 2005 y las actuaciones evidencian la realidad de esta influencia porque, de entre un total de 24 aspirantes con tan solo cuatro mujeres, la terna incluyó a dos de ellas.

Se sostiene que comporta una violación del principio de igualdad de acceso al nombramiento consagrado en el artículo 23.2 CE y que el Consejo carece de potestad para regular esta temática porque, tratándose de un derecho fundamental, sólo el Parlamento y por medio de ley orgánica puede arbitrar limitaciones o privilegios para el acceso a puestos públicos.

TERCERO.- Las oposiciones que en sus escritos de contestación realizan el Consejo General del Poder Judicial y los codemandados se ajustan a los motivos de impugnación de la demanda y rebaten lo que en ellos se argumenta.

El Abogado del Estado en su defensa que hace del Consejo comienza con un alegato contra el reproche de discriminación de la demanda, en el que dice, en esencia, que la Comisión de calificación motivó suficientemente las razones por las que incluyó a los integrantes de la terna y que no era preciso pormenorizar las que llevaban a excluir a los demás solicitantes.

Respecto de la denunciada falta de informe de la Sala de Gobierno y de la actividad inspectora del CGPJ, viene a aducir que la normativa que los regula dispone su emisión y que sean tenidos en cuenta por la Comisión de Calificación, pero no establece que estén incorporados en el expediente ni que el Pleno los tenga que citar específicamente.

Sobre el requisito de motivación, tras afirmar que está referida a los nombramientos propiamente dichos, sostiene que la lectura de los acuerdos del Pleno basta para constatar su existencia y otra cosa es la discrepancia del demandante sobre los méritos que han sido apreciados en los nombrados (lo que, según dicha representación, ya revelaría la existencia de motivación).

Y en cuanto a la impugnación planteada en exclusiva frente al nombramiento de la Excm. Sra. Virolés Piñol, afirma que la Nota de Servicio Interior citada por el actor en esta concreta impugnación deja bien claro la necesidad de que en todos los casos sean cumplidos los requisitos de mérito y capacidad.

La contestación de la Excm. Sra. Virolés Piñol comienza con un apartado de antecedentes de hecho que contiene una reseña de lo esencial de la actuación administrativa aquí controvertida.

Su apartado de fundamentos de derecho dedica los dos primeros ordinales a incluir una referencia a los presupuestos normativos que aquí han de tenerse en cuenta (los artículos 135, 343 y 344 de la LOPJ; 179 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial; y 74 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial) y a resaltar la naturaleza de acto discrecional, encuadrable en la llamada discrecionalidad técnica, que tienen los nombramientos aquí combatidos. Esto último se acompaña de una cita de la jurisprudencia relativa al alcance y posibilidades que tiene el control jurisdiccional en esta clase de actuaciones administrativas.

Los siguientes ordinales tercero a sexto responden a los motivos de impugnación de la demanda en términos bastante parecidos a los del Abogado del Estado. Así: la discriminación se rechaza diciendo básicamente que la Comisión de Calificación, al elevar la terna, manifestó las circunstancias pormenorizadas que justificaban las inclusiones que en ella figuraban y no estaba obligada a razonar las exclusiones; la omisión de informes se contesta diciendo también que no es necesario que estén incorporados ni que se citen

específicamente, y que la propuesta que hizo la Comisión de Calificación llevaba implícito que fueron favorables; el vicio de motivación se combate diciendo que la demanda lo que hace es discutir el juicio de valor del Consejo, sin una base probatoria suficiente para invalidar los méritos que fueron apreciados a la Excma. Sra. Virolés Piñol, y recordando también la amplia discrecionalidad que corresponde al Consejo; y la influencia de esa llamada por la demanda "cuota femenina" es negada con la principal afirmación de que el hecho de ser mujer en modo alguno influyó en el nombramiento.

El ordinal séptimo imputa inicialmente desviación procesal a la pretensión ejercitada, para, posteriormente, señalar que la atención de lo que figura en Informe de la Comisión de Calificación y del acuerdo del Pleno permiten comprobar que *"la pretensión queda vacía de contenido y el recurrente vacío de acción"*.

Y el ordinal octavo replica la críticas de politización dirigidas al Consejo, afirmando que la Excma Sra. Virolés Piñol nunca ha estado afiliada a una asociación de jueces y magistrados.

El escrito de contestación del Excmo. Sr. López García de la Serrana incluye un inicial apartado de hechos que contiene una relación de los méritos del recurrente y de los que por él mismo fueron alegados.

A continuación, en el apartado de fundamentos de derecho, el primero de ellos está básicamente destinado a sostener que sus méritos en las materias propias del orden jurisdiccional social son muy superiores a los del recurrente, por ir los de éste referidos al Derecho Civil.

En el segundo, la impugnación de discriminación cita las sentencias de esta Sala de 29 de abril y 27 de noviembre de 2006 y los autos de 23 de febrero y 10 de mayo de 2007 dictados en ejecución de la primera, y con ese apoyo se combate dicho motivo de impugnación aduciendo que la motivación del Informe de la Comisión de Calificación está destinada a justificar la elección de los aspirantes incluidos en la terna y no tiene por qué comprender una valoración circunstanciada de los que no lo fueron.

En el tercero, sobre lo alegado respecto del informe de la Sala de Gobierno y de la actividad inspectora del Consejo, se asume la tesis del Abogado del Estado de que en la normativa que los regula no aparece exigido su incorporación con independencia de que sean conocidos por el Consejo, y se

subraya que lo necesario es que la Comisión de Calificación eleve al Pleno una proposición razonada.

En el cuarto se combate el denunciado déficit de motivación, diciendo que lo desmiente el extenso Informe de la Comisión de Calificación, la intervención en el Pleno del Vocal Excmo. Sr. Míguez y la expresa motivación que contiene el propio acuerdo del Pleno.

Y en el quinto, referido a la impugnación que plantea la demanda sobre la influencia de lo que ella llama "*cuota femenina*", después de precisar que sólo afecta a la codemandada, se señala que es "*fruto de pura especulación, sin constancia que objetivamente lo ampare*".

CUARTO.- Antes de entrar en el estudio de esa controversia que enfrenta a los litigantes, y por ser relevantes para lo que sobre ella aquí ha de decidirse, conviene hacer referencia a los siguientes datos y actuaciones que figuran en el expediente administrativo:

1.- La Comisión de Calificación del Consejo elevó al Pleno, a los efectos de los nombramientos que en este proceso son cuestionados, una terna para cada uno de ellos, acompañada de "*un informe sobre la aptitud de los candidatos*" propuestos que, en lo que se refiere a los aquí codemandados, luego nombrados, decía lo siguiente:

"DÑA. ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL

Presenta un excelente "curriculum" tanto por los títulos profesionales como por su propia actuación profesional.

Es Licenciada en Derecho con estudios del Doctorado.

Es graduada social, lo que garantiza unos interesantes conocimientos del Derecho de Trabajo y Seguridad Social.

Después de ejercer como Abogado, obtuvo las siguientes oposiciones o concursos:

a) *Letrada del INSS.*

b) *Letrada de la Tesorería General de la Seguridad Social y Letrada IMSERSO.*

Después de ingresar en la carrera judicial, superó las pruebas de especialización para del Orden Jurisdiccional Social, y tiene en la actualidad el número cuatro del Escalafón de Especialistas del Orden Social.

Su destino actual es el de Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Acredita 22 años de docencia en la Universidad de Barcelona, impartiendo sus clases en asignaturas de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

Ha participado en jornadas, congresos, etc. y publicado interesantes trabajos de su especialidad.

Nos consta el elevado carácter técnico de las Sentencias que ha dictado y que pueden leerse en cualquier repertorio de Jurisprudencia.

A la vista de estos datos, creemos que reúne las condiciones necesarias para acceder a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

D. JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA

Se trata de un destacado miembro de la Jurisdicción Social, en la que ha ejercido desde su ingreso en el Cuerpo de Magistrados de Trabajo.

Como antecedentes profesionales contamos con los siguientes datos:

a) *Ingresó en la Carrera Judicial en el año 1.975, desempeñando diferentes destinos como Juez de Primera Instancia e Instrucción.*

b) Después de su acceso al Cuerpo de Magistrados de Trabajo, prestó servicios en varias Magistraturas de Trabajo y simultaneó esas funciones con el hoy extinguido Tribunal Central de Trabajo, participando en el refuerzo de ese Tribunal, en situación de Comisión de Servicios sin relevación de funciones.

c) Desde el año 1.991 presta servicios en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla. Es miembro electo de la Sala de Gobierno de dicho Tribunal.

A destacar también sus funciones extrajudiciales, como las docentes que desempeña, como Profesor de Derecho de Trabajo de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera o Profesor Titular de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de dicha ciudad, en las asignaturas de Derecho de la Seguridad Social y Prácticas integradas.

Ha, sido director, ponente y organizador de muy variados congresos, seminarios y jornadas jurídicas y autor de numerosas publicaciones de su especialidad, remitiéndonos a la relación de méritos que expone en su solicitud.

Está en posesión de numerosas distinciones y condecoraciones, entre ellas la Cruz distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

Por su amplia cultura jurídica, tanto teórica como práctica, reúne las condiciones para ser designado Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo".

2.- El acuerdo de 18 de septiembre de 2006 decidió los nombramientos en estos términos:

"Seis.- *Examinada y debatida la propuesta de la Comisión de Calificación para provisión de una plaza de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo correspondiente al turno de especialistas, o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo, vacante por jubilación de D. Luis Ramón Martínez Garrido, el Pleno acuerda promover a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a D. José Manuel López García de la Serrana, Magistrado de*

la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla. Este nombramiento se fundamenta en la acreditada trayectoria del Magistrado nombrado en el orden jurisdiccional social, su labor docente y académica en este ámbito jurídico y las publicaciones realizadas en su especialidad.

Con relación a este acuerdo anuncia la formulación de voto concurrente el Vocal D. Josep Alfons López Tena.

Siete.- *Examinada y debatida la propuesta de la Comisión de Calificación para provisión de una plaza de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo correspondiente al turno de especialistas o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo, vacante por jubilación de D. Juan Francisco García Sánchez, el Pleno acuerda promover a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a Dña. Rosa María Virolés Piñol, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Este nombramiento se fundamenta en la dilatada trayectoria profesional de la Magistrada nombrada en profesiones jurídicas directamente relacionadas con el Derecho del Trabajo, su amplia actividad docente en materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, su participación en actividades formativas de esta materia, y el elevado carácter técnico de sus resoluciones.*

Con relación a este acuerdo anuncia la formulación de voto concurrente el Vocal D. Josep Alfons López Tena".

3.- La deliberación de los referidos puntos figura plasmada en el libro de Actas que obra en la Secretaría General del Consejo con arreglo al siguiente tenor literal:

"1-6º.- *Propuesta de la Comisión de Calificación para provisión de una plaza de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo correspondiente al turno de especialistas o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo vacante por jubilación de D. Luis Ramón Martínez Garrido.*

Toma la palabra nuevamente D. Enrique José Míguez Alvarellos, exponiendo la terna presentada al Pleno, de cuyos candidatos no puede más que

resaltar su calidad científica y profesional. Ello no obstante, considera que destaca D. José Manuel López García de la Serrana, Magistrado con mucha experiencia ya en la jurisdicción social, con una acreditada trayectoria en el terreno jurisdiccional que se ve complementada con las publicaciones y docencia siempre en este ámbito jurídico. Por ello solicita que obtenga el respaldo del Pleno.

D. Josep Alfons López Tena reitera su petición anterior de devolución de la terna, al considerar que no se cumplen los requisitos exigibles.

Sometida la propuesta de nombramiento a votación secreta, se obtuvo el resultado siguiente:

<i>Miembros presentes</i>	<i>17</i>
<i>Votos a favor de D. José Manuel López García de la Serrana</i>	<i>10</i>
<i>Votos a favor de D. Miguel Angel Luelmo Millán</i>	<i>5</i>
<i>Votos a favor de D. Rubén Antonio Jiménez Fernández</i>	<i>1</i>
<i>Votos en blanco</i>	<i>1</i>

Al no alcanzarse la mayoría favorable de votos con arreglo al número de miembros presentes en el Pleno, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, se somete la propuesta a segunda votación, entre los candidatos que obtuvieron mayor número de votos, y en la que se alcanza por el mismo procedimiento, el siguiente resultado:

<i>Miembros presentes</i>	<i>17</i>
<i>Votos a favor de D. José Manuel López García de la Serrana</i>	<i>10</i>
<i>Votos a favor de D. Miguel Angel Luelmo Millán</i>	<i>5</i>
<i>Votos en blanco</i>	<i>2</i>

Al no alcanzarse la mayoría favorable de votos con arreglo al número de miembros presentes en el Pleno, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial se somete nuevamente la propuesta a tercera votación, en la que se alcanza el siguiente resultado:

<i>Miembros presentes</i>	<i>17</i>
---------------------------	-----------

Votos a favor de D. José Manuel López García de la Serrana	12
Votos a favor de D. Miguel Angel Luelmo Millán	3
Votos en blanco	2

En última votación por el mismo procedimiento el resultado fue el siguiente:

Miembros presentes	17
Votos a favor de D. José Manuel López García de la Serrana	16
Votos en blanco	1

Por lo que el Pleno tiene por nombrado a D. José Manuel López García de la Serrana Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo correspondiente al turno de especialistas o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo. D. Josep Alfons López Tena indica igualmente que formulará voto concurrente con relación al presente acuerdo.

1-7º.- Propuesta de la Comisión de Calificación para provisión de una plaza de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo correspondiente al turno de especialistas o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo vacante por jubilación de D. Juan Francisco García Sánchez.

D. Enrique José Míguez Alvarellós, propone directamente la candidatura de doña Rosa María Virolés Piñol, Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que actualmente ocupa el número dos del escalafón de especialistas en este orden jurisdiccional. Ingresó en la Carrera Judicial por el turno de juristas después de acreditar años de experiencia laboral en el ámbito del Derecho del Trabajo, como Letrada de la Seguridad Social y del Inersso. Todos los méritos acreditados en su expediente, y destacados por la Comisión de Calificación, la convierten en aspirante idónea para la plaza en concurso.

D. Josep Alfons López Tena reitera la misma observación y petición de las que dejó constancia en los puntos anteriores y con el mismo resultado.

Sometida la propuesta de nombramiento a votación secreta, por el procedimiento de papeletas, se obtuvo el resultado siguiente:

<i>Miembros presentes</i>	17
<i>Votos a favor de Dña. Rosa María Virolés Piñol</i>	9
<i>Votos a favor de D. Victoriano Cubero Romeo</i>	6
<i>Votos a favor de D. Rubén Antonio Jiménez Fernández</i>	1
<i>Votos a favor de Dña. Ana María Orellana Cano</i>	1

Al no alcanzarse la mayoría favorable de votos con arreglo al número de miembros presentes en el Pleno, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, se somete la propuesta a segunda votación, entre los candidatos que obtuvieron mayor número de votos, y en la que se alcanza por el mismo procedimiento, el siguiente resultado:

<i>Miembros presentes</i>	17
<i>Votos a favor de Dña. Rosa María Virolés Piñol</i>	9
<i>Votos a favor de D. Victoriano Cubero Romeo</i>	6
<i>Votos en blanco</i>	2

Al no alcanzarse la mayoría favorable de votos con arreglo al número de miembros presentes en el Pleno, y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, se somete nuevamente la propuesta a tercera votación, en la que se alcanza el siguiente resultado:

<i>Miembros presentes</i>	17
<i>Votos a favor de Dña. Rosa María Virolés Piñol</i>	12
<i>Votos a favor de D. Victoriano Cubero Romeo</i>	4
<i>Votos en blanco</i>	1

En última votación el resultado fue el siguiente:

<i>Miembros presentes</i>	17
<i>Votos a favor de Dña. Rosa María Virolés Piñol</i>	15
<i>Votos a favor de D. Victoriano Cubero Romeo</i>	2

Por lo que el Pleno tiene por nombrada a Dña. Rosa María Virolés Piñol Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, correspondiente al turno de especialistas o pertenecientes al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo.

D. Josep Alfons López Tena deja constancia del mismo voto concurrente anunciado en los dos acuerdos precedentes.

QUINTO.- Pasando ya al análisis de los motivos de impugnación de la demanda, este se va realizar examinando, en primer lugar y conjuntamente, los que antes se enunciaron como motivos comunes I, II y III.

La razón del estudio conjunto de esos tres primeros motivos es que en todos ellos se viene a plantear desde perspectivas diferentes la misma cuestión: que en los nombramientos aquí litigiosos el Consejo General del Poder Judicial no indagó ni ponderó correctamente los méritos y la capacidad profesional del recurrente, dispensándole por ello un trato discriminatorio y no justificando suficientemente la preferencia que otorgó a las personas sobre quienes recayeron dichos nombramientos.

Es decir, lo que esos tres motivos vienen a combatir es que los actos que son objeto de impugnación en este proceso no fueron debidamente motivados desde el parámetro que significan los principios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que el tema primero y central del actual litigio es decidir cuál es el nivel de motivación que debe exigirse en los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo.

SEXTO.- Esta Sala en la sentencia de su Pleno 29 de mayo de 2006 (Recurso 309/2004) ya ha sentado una doctrina sobre la motivación que con carácter general deberá realizar el Consejo General en los nombramientos judiciales no absolutamente reglados, que ha sido reiterada en la posterior sentencia del mismo Pleno de 27 de noviembre de 2006 (Recurso 117/2005).

Las ideas básicas de esa doctrina que es de interés destacar aquí son éstas tres: (1) la libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un claro espacio de actuación reconocido; (2) la existencia de unos límites que necesariamente condicionan esa libertad, especialmente el límite que representan esos principios de mérito y capacidad; y (3) la significación que ha de reconocerse al requisito de motivación.

Conviene, pues, en el actual proceso recordar cual fue el núcleo de esas ideas básicas.

Sobre la amplia libertad de apreciación de que goza el Consejo General del Poder Judicial para los nombramientos judiciales, se afirmó expresamente su plena legitimidad constitucional, invocando para ello la doctrina del Tribunal Constitucional que lo configuró como órgano de garantía de la independencia judicial.

Pero inmediatamente se subrayó que hay un dato que ya marca en elemento de limitación de los poderes del Consejo, que es el sistema de carrera que para jueces y magistrados recoge el artículo 122.1 CE, y sobre el que se dice:

"(...) entendido como un "cursum honorum" en el que se desarrolla una progresión profesional (...) que está igualmente vinculada a los principios de mérito y capacidad, que resultan proyectables sin reservas sobre los cargos judiciales, como ha declarado el Tribunal Constitucional, v. gr., en su STC 174/1996 de 11 de noviembre, donde, por cierto, se pone en relación el derecho fundamental "ex" art. 23.2. CE con el art. 122.1, donde dice el TC- "la Carrera Judicial se concibe como un Cuerpo único de Jueces y Magistrados profesionales".

Sobre lo que en ese sistema de carrera significa la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo se hizo esta específica declaración:

"A la vez, dentro del que hemos llamado "cursum honorum", se alzan unos hitos más estrictamente ligados a su sustancialidad, cuales son, primero, los de pertenencia y ascenso a cada una de sus categorías, siendo de especialísima relevancia el alcanzar la de Magistrado del Tribunal Supremo, cuyos méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo habrán de ser en términos casi absolutos los de solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional".

Sobre el alcance que tienen los límites que el Consejo habrá de respetar, merece transcribirse esta importante declaración de la sentencia:

"Y de estas notas fluye con evidencia la consecuencia de que el margen de libertad de apreciación de que dispone el CGPJ, no reconducible a parámetros objetivados y determinados, no puede implicar en modo alguno que la decisión sobre la cobertura de una plaza vacante devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control".

Luego, la enumeración de cuáles son esos límites se realiza así:

"(...) precisamente porque el margen es amplísimo pero no ilimitado, se puede decir que, en todo caso, serán límites a los poderes del Consejo, susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente, la recta observancia de los trámites procedimentales que preceden a la decisión, el respeto a los elementos objetivos y reglados, la eventual existencia de una desviación de poder (...), la interdicción de los actos arbitrarios (...) y los que incidan en una argumentación ajena a los criterios de mérito y capacidad, entendido el primero en el sentido de valores acontecidos y acreditados en el curriculum del candidato y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido".

Después de establecerse ese cuadro general de límites, hay una referencia al concreto límite representado por la observancia de los trámites procedimentales y a la especial importancia que, entre esos trámites, tiene la intervención de la Comisión de Calificación del CGPJ. La sentencia de 29 de mayo de 2006 lo hace con estas palabras:

"Resulta, en efecto, de obligado cumplimiento, en primer lugar, la recta observancia de los trámites procedimentales que sirven de base para la decisión.

Sobre este punto cabe considerar que siendo el Consejo un órgano constitucional colegiado, cuya voluntad se expresa mediante un régimen de mayorías alcanzable mediante voto secreto y no sometido al gravamen

del non liquet, un dato fundamental para entender ejercitadas sus inalienables potestades conforme a derecho y con pleno conocimiento de causa reside en un respeto pleno y escrupuloso del procedimiento legalmente establecido en razón, precisamente, de la amplitud e intensidad de sus facultades de libre valoración, que haciendo particularmente dificultoso el control del contenido de sus decisiones, por eso mismo postula en favor de que éstas se hayan tomado con la plenitud de garantías de conocimiento, reflexión y debate que se derivan de la propia existencia del procedimiento.

Situados en esta perspectiva de análisis, de entre los trámites procedimentales que preceden a decisiones como la aquí concernida y la sustentan, se alza con especial relevancia la intervención de la Comisión de Calificación del CGPJ.

Según establece el artículo 135 LOPJ, "corresponderá a la Comisión de Calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127.4) de esta Ley". En la misma línea, el artículo 72 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ (aprobado por Acuerdo del propio Consejo de 22 de abril de 1986) establece que "corresponde a la Comisión de calificación formular las oportunas propuestas sobre los nombramientos de la competencia del Pleno".

Por lo que se refiere a la cuestión de la motivación de los Acuerdos del Consejo y, más concretamente, al alcance de este requisito y la relación que guarda con el trámite previo de informe de la Comisión de Calificación, la tantas veces ya citada sentencia de 29 de mayo de 2006 se pronuncia así:

"Hemos de tener presente, en este sentido, que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 137, establece que "los Acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados", principio general del que no se hace ninguna exclusión explícita, y que hace innecesario acudir al mandato tantas veces invocado del artículo 54-f) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992, que ordena la

motivación de las decisiones discrecionales. Se hace, por eso, preciso, también en casos como el que ahora nos ocupa, que aflore expresamente en el nombramiento algún tipo de motivación que haga jurídicamente nítido que el acto no se ha extralimitado. Llegados a este punto, hemos de dar por superados anteriores pronunciamientos jurisprudenciales como los contenidos, v.gr., en las SSTS de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999, donde sobre la base de la afirmación de una potestad de libre designación para nombramientos de cargos judiciales como el que ahora examinamos, se apuntaba la innecesariedad e inexigibilidad de motivación; pues ya advertimos en la reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 3 de marzo de 2005, que es este un tema "complejo y problemático", "sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no haya arribado a una conclusión firme y consolidada".

Ahora bien, siendo el Pleno del Consejo, como hemos dicho, un órgano colegiado, con derecho al voto secreto por parte de sus miembros y sin sumisión al principio de non liquet, cuyas deliberaciones se documentan en un acta, en la que se "reseñarán sucintamente los debates" (artículo 46 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo), de modo que en realidad pueden ser diversas las razones que hayan podido impulsar a cada Vocal a votar en el sentido mayoritario, la argumentación básica que podrá considerarse suficiente para entender cumplido el requisito formal será aquella que razonable y suficientemente resulte del acta, y que, como tal, puede hacerse valer como motivo central de la decisión; pero no podrá apreciarse la existencia de una motivación suficiente, por faltarle su presupuesto esencial, si del acta no resulta, aunque sea de forma sucinta, el cumplimiento efectivo y adecuado del trámite previo de informe de la Comisión de Calificación al Pleno tal y como antes lo hemos perfilado, pues es ese informe el que justamente suministra parte sustancial de los datos que permiten a cada uno de los Vocales orientar su voto".

Finalmente, hay un pronunciamiento sobre el alcance de las consecuencias invalidantes que habrán de derivarse del incumplimiento del

trámite del informe de la Comisión de Calificación y de la ausencia de motivación suficiente:

"En suma, siendo el informe de la Comisión de Calificación un trámite nuclear en el conjunto del sistema y no existiendo tampoco elementos suficientes de motivación en el acta, ambos datos repercuten en la insuficiencia de la motivación última de la decisión sobre la adjudicación de la plaza, resultando de esta irregularidad formal un vicio procedimental con trascendencia invalidante, por privar a esa decisión de un elemento indispensable para alcanzar el fin que le es propio (art. 63.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común)".

SÉPTIMO.- El análisis de esa principal cuestión de la motivación que aquí tiene que decidirse debe partir de la doctrina sentada en esa sentencia del Pleno de Sala de 29 de mayo de 2006, cuyas ideas fundamentales acaban de recordarse.

Pero teniendo en cuenta también las dos circunstancias siguientes.

La primera es que los nombramientos aquí controvertidos son de Magistrado del Tribunal Supremo y esto hace que el actual caso litigioso presente acusadas diferencias con el que fue abordado en esa anterior sentencia (que estuvo referido a un cargo con funciones de gobierno judicial, el de Presidente de Sala, y por ello no estrictamente jurisdiccional; y a un órgano jurisdiccional, la Audiencia Nacional, distinto del Tribunal Supremo).

La segunda es que se trata de plazas de los turnos correspondientes a la carrera judicial y no al denominado "quinto turno" establecido para "Abogados y juristas de prestigio" (artículo 345 de la LOPJ). Lo cual debe subrayarse porque si lo buscado por el legislador en una y otra clase de turnos es que coincidan en este órgano jurisdiccional diferentes trayectorias teóricas y prácticas, para favorecer así el pluralismo de visiones jurídicas que se juzga conveniente en el Tribunal Supremo, también parece que deberán ser distintos los criterios de calificación de los candidatos que acudan por esas diferenciadas vías de acceso.

Tras esa doble puntualización, ya debe decirse que el estudio del expediente administrativo que ha formalizado los dos nombramientos objeto de impugnación en el presente proceso, y cuyos datos más importantes han sido

reseñados en el anterior fundamento de derecho cuarto, no permite comprobar que esas dos designaciones aquí polémicas hayan sido debidamente justificadas con una motivación que cumpla con las mínimas exigencias que resultan necesarias para darle validez.

Lo que contiene la pretendida motivación del Consejo es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes, por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdiccional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera judicial a través de las distintas vías legalmente establecidas para ello (así ocurre con la descripción de destinos, estudios o titulaciones).

De otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de *"elevado carácter técnico de las resoluciones"*, *"amplia cultura jurídica"*, *"acreditada trayectoria"*, *"dilatada trayectoria profesional"* o *"calidad científica"*, a los que no puede atribuirse relevancia por haber sido realizada su formulación sin una referencia a un preciso soporte objetivo y en términos puramente genéricos.

Lo primero es de apreciar porque no se describe la concreta muestra de actividad jurisdiccional, académica o científica que específicamente es tomada en cuenta para, mediante su contraste con experiencias de parecida índole de los otros candidatos, atribuir una preferencia a los nombrados; y lo segundo resulta porque, en relación a la muestra que pudiera haber sido ponderada, tampoco se precisa el singular rasgo o característica que se toma en consideración para hacerla acreedora de esa superior estimación cualitativa que le es otorgada.

Debe decirse que el examen de las solicitudes de los participantes en la convocatoria litigiosa, obrantes en el expediente administrativo, incluyen trayectorias profesionales, publicaciones, actividades docentes o actuaciones formativas aparentemente muy similares a las de los nombrados. Por lo que no acaba de averiguarse cual es la razón que lleva, primero a la Comisión de Calificación y después al Pleno del Consejo, a atribuir esos positivos juicios de valor solamente a las dos personas que resultaron elegidas o, en todo caso, a hacerlo en un grado superior.

Esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos, realizada en los términos que acaban de señalarse, no merece la consideración de verdadera motivación; y no la merece por muy flexible que se sea en cuanto a la configuración que puede presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (que efectivamente lo es).

Ha de compartirse, en consecuencia, el reproche que viene a realizar la demanda de que no se está ante una verdadera motivación sino ante una simple apariencia de ella.

Y debe insistirse en que esa omisión de una suficiente motivación es mucho más significativa si se tiene en cuenta que se trata de designaciones para Magistrados del Tribunal Supremo, ya que en ellas, por ir referidas a la máxima categoría de la carrera judicial, rigen con el mayor nivel de exigencia los principios de mérito y capacidad (como declaró la sentencia del Pleno de esta Sala de 29 de mayo de 2006).

OCTAVO.- Es cierto que el Consejo General del Poder Judicial dispone, como ya se ha dicho, de una amplísima libertad para ejercer la potestad que constitucional y legalmente tiene atribuida en orden a los nombramientos de cargos judiciales.

Una amplísima libertad que claramente descarta que pueda esta Sala sustituirlo en los elementos básicos del núcleo material de la decisión que sólo a dicho Consejo corresponde adoptar.

Pero esa libertad no es absoluta. Tiene unos límites que representan un mínimo inexcusable y están constituidos por unas exigencias que resultan imprescindibles para demostrar que el ejercicio de esa potestad respetó estos mandatos constitucionales que seguidamente se expresan.

Que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE).

Que respetó, en relación a todos los aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE).

Y que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad para *"el ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la Carrera Judicial"*, expresamente proclamados por el artículo 326.1 de la LOPJ; y, sobre todo, presentes en el artículo 122.1 de la propia Constitución cuando, como subraya la tan repetida Sentencia de 29 de mayo de 2006 del Pleno de esta Sala, establece el sistema de carrera para jueces y magistrados *"(...) entendido como un "cursum honorum" en el que se desarrolla una progresión profesional (...) que está igualmente vinculada a los principios de mérito y capacidad, que resultan proyectables sin reservas sobre los cargos judiciales"*.

Las exigencias en que se traducen esos límites mínimos son estas dos, respectivamente de carácter sustantivo y formal, que a continuación se señalan.

La exigencia sustantiva consiste en la obligación que tiene el Consejo General del Poder Judicial, a la vista de las singulares plazas convocadas y los concretos aspirantes que participen en la convocatoria, de identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento; y en el concreto caso de plazas de Magistrado del Tribunal Supremo reservadas a los turnos de la carrera judicial, como es el presente, tiene la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables.

La exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuales podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior

nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento.

NOVENO.- La consecuencia lógica de todo lo afirmado anteriormente es que será en el Informe de la Comisión de Calificación donde deberán estar presentes esas exigencias sustantivas y formales que han sido señaladas como inexcusables.

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

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

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

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

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

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

Más esa libertad en lo que se refiere al Informe de la Sala de Gobierno requiere esta matización: los términos del artículo 136 de la LOPJ imponen al Consejo hacer una específica referencia al mismo, sin perjuicio de su libertad para dar prioridad a otras informaciones cuando estime que son más completas o cuando aquel Informe no exista o lo considere insuficiente (como ocurrirá cuando no cumpla con lo que expresamente establece ese precepto de que *deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados*).

DÉCIMO.- Esos límites que acaban de apuntarse merecen una explicación complementaria en cuanto a su significación general y a lo que, consecuentemente, debe ser el objeto del control jurisdiccional que corresponde realizar a este Tribunal Supremo sobre los actos de nombramiento que son competencia del Consejo General del Poder Judicial.

Lo primero que debe subrayarse, con un especial énfasis, es que el Consejo es un órgano constitucional con una función de *gobierno* del poder judicial (artículo 122.2 CE) que tiene una amplitud que va más allá de gestionar el estatuto profesional de Jueces y Magistrados.

Esto significa que su potestad de nombramiento no puede quedar limitada a una simple operación de recuento y valoración de méritos de quienes aspiren a determinados cargos judiciales. Podrá también ponderar otras circunstancias, dirigidas a dar satisfacción al perfil, la configuración o las necesidades de los órganos jurisdiccionales que, en el ejercicio legítimo de esa función constitucional

de gobierno, juzgue el Consejo que merecen ser atendidos en cada circunstancia temporal de que se trate.

Y significa igualmente que tiene libertad para decidir la clase de méritos que deberán ser ponderados en cada momento, en función de las necesidades que aprecie en los órganos jurisdiccionales, así como la proporción que en cuanto a su dimensión o entidad haya de darse a los que así hayan sido acotados.

Lo segundo que debe destacarse, derivado de lo anterior, es la idea de que, a través del control jurisdiccional de esos límites de que aquí se está tratando, no se pueden establecer rígidas directrices que reduzcan esa libertad que ha de respetarse al Consejo sobre las concretas clases de méritos y capacidades que podrá elegir como criterio para decidir los nombramientos; ni, desde otra perspectiva, tampoco se le puede privar del margen de apreciación que es inherente al juicio de discrecionalidad que significa la definitiva selección y estimación cualitativa de las circunstancias individuales de los aspirantes que deban encarnar esas clases de méritos y capacidades que previamente hayan sido elegidos y definidos como prioritarios.

Todo ello debe ser resaltado porque, aunque ciertamente no se trata de nombramientos de confianza, como rechazó con rotundidad la Sentencia del Pleno de esta Sala de 29 de mayo de 2006, tampoco se trata de un concurso de méritos en el que estén taxativamente predeterminados los que podrán ser considerados o el valor que haya de atribuírseles.

Consiguientemente, esos límites por lo que están representados es por los principios constitucionales que, según se ha venido exponiendo, constituyen el esquema de valores que necesariamente habrá de estar presente en el extenso recorrido de la libertad que tiene reconocida el Consejo General del Poder Judicial.

Y la traducción práctica del control jurisdiccional sobre su observancia nunca podrá ser que este Tribunal Supremo indique al Consejo los méritos que podrán o no ser valorados (conviene insistir en ello), sino tan sólo imponerle la carga, cumpliendo con la doble exigencia sustantiva y formal que antes se señaló, de dejar claramente explicadas y objetivadas las concretas circunstancias

de mérito y capacidad con las que justifica su decisión de nombrar a una determinada persona con preferencia sobre los demás aspirantes a la misma plaza.

UNDÉCIMO.- Como cierre o complemento final de los razonamientos que acaban de hacerse sobre las cuestiones que suscita la motivación de los nombramientos judiciales, son también convenientes estas otras consideraciones que siguen.

La aceptación de que la confianza social en la Administración de Justicia constituye un elemento esencial del sistema de convivencia es hoy un lugar común en la teoría política y la práctica jurisprudencial constitucional; como así mismo son ampliamente compartidas estas ideas: que la mejor funcionalidad democrática de jueces y magistrados la constituye su escrupuloso respeto al Derecho, que la mejor garantía para lograr ese respeto es su alta solvencia profesional y que todo ello, junto a la imagen de neutralidad política que deben presentar los tribunales de justicia, son importantísimos factores para que no quiebre esa confianza social.

Todo ello sugiere estas reflexiones finales que vienen a reforzar lo que se ha venido razonando: que una importante meta constitucional debe ser disipar cualquier sombra de sospecha sobre que la proximidad ideológica, partidaria o simplemente asociativa pueda ser el componente principal de las decisiones que sobre nombramientos judiciales ha de adoptar el Consejo General del Poder judicial; y que la justificación y objetivación de los nombramientos judiciales, en los términos de profesionalidad que han sido apuntados, es el mejor camino para ahuyentar aquellos riesgos de sospecha y fortalecer esa confianza social en la Justicia sin la cual no puede hablarse de verdadero Estado de Derecho.

DUODÉCIMO.- Todo lo que se ha venido exponiendo, sin necesidad ya de analizar ningún otro motivo de impugnación, conduce a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo y a la anulación de las resoluciones que han sido objeto de impugnación en el actual proceso jurisdiccional.

Pero esa anulación, por la naturaleza formal o procedimental de los vicios apreciados, no ha de producir la anulación total del procedimiento sino tan solo la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del informe de la Comisión de Calificación, para que, primero, sea emitido uno nuevo que cumpla con todas las exigencias que respecto del mismo han sido señaladas en los anteriores fundamentos de derecho de esta sentencia y, posteriormente, se resuelva por el órgano competente sobre los nombramientos litigiosos mediante resolución motivada.

Y se puntualiza que, debido también a esa naturaleza formal y procedimental del vicio apreciado, el pronunciamiento de la actual sentencia no significa ningún juicio sobre la mayor o menor idoneidad para el nombramiento de las personas que lo fueron en los actos que aquí han sido objeto de impugnación, ni tampoco de los restantes miembros de la Carrera Judicial que participaron en las convocatorias litigiosas.

DECIMOTERCERO.- No se aprecian razones para un especial pronunciamiento sobre la imposición de las costas procesales.

F A L L A M O S

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ilmo. Sr. Don EDUARDO SERRANO ALONSO frente a los Reales Decretos 1263/2006 y 1264/2006, ambos del 27 de octubre de 2.006, por los que fueron promovidos a la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo el Excmo. Sr. Don José Manuel López García de la Serrana y la Excmo. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol, y anular esas dos resoluciones en los términos y condiciones descritos en el fundamento de derecho duodécimo.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas procesales.

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. Ramón Trillo Torres

D. Fernando Ledesma Bartret

D. Mariano de Oro-Pulido y López

D. Ricardo Enríquez Sancho

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Montalvo

D. Óscar González González

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Juan José González Rivas

D. Enrique Lecumberri Martí

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Santiago Martínez-Vares García

D. Eduardo Espín Templado

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Rafael Fernández Valverde

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Margarita Robles Fernández

D. Emilio Frías Ponce

D. José Díaz Delgado

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Manuel Martín Timón

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:28/11/2007

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo Sr. Magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en fecha 27 de noviembre de 2007, recaída en el recurso 407/2006 y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Santiago Martínez-Vares García.

Los acuerdos de los órganos del Consejo General del Poder Judicial serán siempre motivados, tal como impone el artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, según el artículo 43, párrafo tercero del Reglamento de Funcionamiento y Organización del Consejo General del Poder Judicial, cuando la decisión se adopte por votación y aquélla se refiera al nombramiento de cargos y destinos las votaciones serán secretas. "Siendo el Consejo General del Poder Judicial un órgano constitucional colegiado, cuya voluntad se expresa mediante un régimen de mayorías alcanzable mediante voto secreto y no sometido al gravamen del "non liquet", un dato fundamental para entender ejercitadas sus inalienables potestades conforme a derecho y con pleno conocimiento de causa reside en el respeto pleno y escrupuloso del procedimiento legalmente establecido en razón, precisamente, de la amplitud e intensidad de sus facultades de libre valoración, que haciendo particularmente dificultoso el control del contenido de sus decisiones, por eso mismo postula en favor de que estas se hayan tomado con la plenitud de las garantías de conocimiento, reflexión y debate que se derivan de la propia existencia del procedimiento". Así lo declarábamos en nuestra sentencia de 29 de mayo de 2006 (cuya doctrina recoge la de 27 de noviembre de 2006), en la que, en atención a esas circunstancias se destacaba el importante papel que desempeña el informe que ha de emitir la Comisión de Calificación del Consejo, según

establecen el artículo 135 LOPJ y 72 del ROF del CGPJ. En sentencia de 29 de mayo de 2006 consideramos que no cumplía su papel la Comisión de Calificación si el informe consistía en la mera remisión al Pleno de una relación ordenada de aspirantes, huérfana de información acerca de las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos en su inicial relación o posteriormente añadidos, puesto que "si el efectivo cumplimiento de ese deber de información no consta acreditado en el expediente, siquiera sea de forma extractada pero en todo caso inteligible, se hace imposible constatar tanto la debida observancia del trámite como la posible existencia de un uso arbitrario o desviado de la potestad". Y en la de 22 de noviembre de 2006 consideramos igualmente insuficiente un informe que aludía únicamente a "los méritos y trayectoria profesional de los solicitantes", sin ninguna otra especificación.

Sin embargo, el informe emitido por la Comisión de Calificación en el caso ahora enjuiciado no adolece de esos defectos ni, a mi juicio, de ningún otro.

En cada una de las ternas elaborada aparece una relación de los méritos de cada uno de los aspirantes propuestos, acompañada de valoraciones que ni pueden considerarse genéricas, ni responden a patrones intercambiables.

La Comisión no se pronuncia, ni tenía por qué hacerlo, sobre la preferencia entre los distintos aspirantes seleccionados pero ofrece al Pleno datos suficientes para que pueda hacer el nombramiento con perfecto conocimiento de los méritos y aptitudes de cada uno de aquellos. Máxime cuando, según consta en el expediente remitido, en la propuesta de la Comisión de Calificación se advertía que "la documentación, por ser voluminosa obra en Secretaria General a la disposición de los Señores Vocales".

En las ternas elevadas por la Comisión de Calificación al Pleno del Consejo General del Poder Judicial no se relacionaba a los aspirantes por orden de preferencia; sin embargo, en la deliberación del Pleno relativa a estos nombramientos el Presidente de la Comisión de Calificación, D. Enrique José Miguez Alvarellos, después de resaltar la calidad científica y profesional de todos los candidatos, consideró que en una de las ternas destacaba D. José Manuel López García de la Serrana, por tratarse, según consta en el Acta de dicha sesión, de un "Magistrado con mucha experiencia ya en la jurisdicción social, con

una acreditada trayectoria en el terreno jurisdiccional que se ve complementada con las publicaciones y docencia siempre en este ámbito jurídico". En la segunda de las ternas, D. Enrique Miguez propuso la candidatura de D^a Rosa María Virolés Piñol, resaltando, según refleja el Acta correspondiente a esa misma sesión, que es Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que actualmente ocupa el número dos del escalafón de especialistas en este orden jurisdiccional. Ingresó en la Carrera Judicial por el turno de juristas después de acreditar años de experiencia laboral en el ámbito del Derecho del Trabajo, como Letrada de la Seguridad Social y del Insserso. Todos los méritos acreditados en su expediente, y destacados por la Comisión de Calificación, la convierten en aspirante idónea para la plaza en concurso".

Excepto una intervención del Vocal D. Josep Alfons López Tena, que solicitó la devolución de la ternas a la Comisión de Calificación, por entender insuficientemente motivada la propuesta, no consta que interviniera ningún otro vocal en la deliberación, que acabó por un acuerdo en el que D. José Manuel López García de la Serrana obtuvo 16 votos, de los 17 miembros del Pleno y D^a Rosa María Virolés Piñol 15.

Así como en los casos resueltos en nuestras sentencias de 29 de mayo y 27 de noviembre de 2006 ni el informe de la Comisión de Calificación ni el acuerdo del Pleno permitían conocer las razones por las que habían sido elegidos esos aspirantes y no otros, en este caso el informe de la Comisión expresa claramente los méritos de cada uno de los aspirantes seleccionados y frente a la opinión manifestada en el Pleno por uno de los vocales en favor de uno de los magistrados seleccionados en cada una de las ternas, no hubo intervención alguna que considerase preferible la designación de otro. De modo que no cabe imputar al Consejo General del Poder Judicial que no haga patentes las razones de los nombramientos.

A mi entender, el camino marcado en la sentencia de la que discrepo, conducirá inevitablemente, por más protestas que se hagan en contra, a acabar configurando el sistema de nombramientos para estos cargos como un verdadero concurso de méritos.

No ha entrado la Sala, sin embargo, a considerar el verdadero problema

que se oculta tras la forma de selección de las distintas ternas, advertido en el Voto particular emitido frente a los acuerdos impugnados en este proceso, ni ha llegado a pronunciarse sobre si dicha mecánica constituye la natural consecuencia, querida por la ley, de la forma de selección de los distintos Vocales del Consejo General del Poder Judicial, o una perversión del sistema y sobre, si siendo esto así, la Jurisdicción dispone de instrumentos para corregirlo.

FDO: Ricardo Enríquez Sancho

FDO: Santiago Martínez-Vares García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA: 29/11/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS DON EMILIO FRÍAS PONCE Y DON MANUEL MARTÍN TIMÓN, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO Nº 407/2006.

Discrepo con todo respeto del sentir mayoritario, y entiendo que el recurso debió ser desestimado con base en los razonamientos que expongo a continuación.

Como punto de partida me remitiré al voto particular que en unión de otros compañeros formulamos a la sentencia de 29/5/2006. Los razonamientos que allí se expusieron sobre el cumplimiento del deber de motivación en relación con los nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial, dado su carácter discrecional y efectuado por un órgano colegiado, son aquí reproducibles.

En el presente caso la sentencia de la que disiento ha dado un paso más al negar que la motivación contenida tanto en la propuesta de terna por la Comisión de Calificación, como en la que se realiza por el Pleno del Consejo, es insuficiente.

Debe tenerse presente que para apreciar ese defecto de motivación sería preciso que de los datos obrantes en el informe de la Comisión de Calificación y de lo expresado por el Pleno del Consejo no pudiera deducirse cuales han sido las razones determinantes del nombramiento de los dos candidatos.

Esto no ocurre en el caso presente. Las referencias que se hacen en los informes de la Comisión de Calificación de los que conformaban ambas ternas son lo suficientemente elocuentes para poder discernir sin grandes dificultades cuales eran los méritos y capacidades de los seis integrantes, pues en ellos se recogen tanto los que se refieren a su vida judicial como a los extrajudiciales. A la vista de tales informes el Consejo tuvo la posibilidad de decidir los dos aspirantes que a su juicio eran preferibles para el ejercicio del cargo, explicando también de forma adecuada las razones que le llevaron a ello.

Me permito destacar una circunstancia que pudo ser relevante en la designación de don Juan Manuel López García de la Serrana y que no puede pasar desapercibida. Se refiere, como dice la propuesta, a que "prestó servicios en varias Magistraturas de Trabajo y simultaneó esas funciones con el hoy extinguido Tribunal Central de Trabajo, participando en el refuerzo de ese Tribunal, en situación de Comisión de Servicios sin relevación de funciones". No puede considerarse que ésto no sea una referencia específica a los méritos de uno de los candidatos, que no poseían los restantes propuestos, y que determinó que el Pleno basase el nombramiento "en la acreditada trayectoria del Magistrado nombrado en el orden jurisdiccional social".

Lo propio cabe decir de doña Rosa Virulés Piñol en cuya propuesta figuran méritos específicos como son los de Letrada del INSS, del IMSERSO, y de la Seguridad Social, que no poseían los otros candidatos, y que llevaron al Pleno a fundamentar su nombramiento en "la dilatada trayectoria profesional de la Magistrado nombrada en profesiones jurídicas directamente relacionadas con el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social".

Existe, por tanto, una motivación suficiente y específica, no genérica, para los candidatos que fueron posteriormente nombrados, sin que sea misión de esta Sala entrar a valorar el juicio de relevancia efectuado por el Consejo, pues no hay que olvidar que se trata de nombramientos discrecionales, según el art. 127.3 LOPJ, en los que su artículo 343 sólo exige que los nombrados sean "de reconocida competencia". Si se fuese más allá, como se hace en la sentencia, limitando los méritos a los estrictamente judiciales, supondría incurrir en un reduccionismo que no se conjuga con lo previsto en la norma. Sería tanto como imponer un pronunciamiento sobre el contenido de cada una de las sentencias de los solicitantes que excede con mucho las facultades del Consejo. Su consideración aquí únicamente puede ser general, valorando la repercusión que en los ámbitos judiciales y extrajudiciales han tenido las mismas.

Se señala también en la sentencia cual debe ser el contenido del informe de la Comisión de Calificación. Supone ésto una extralimitación de lo que es la propia función jurisdiccional prohibida por el artículo 117.4 de la Constitución, atribuyéndose la Sala unas potestades normativas que corresponden exclusivamente al poder reglamentario, determinando el contenido discrecional de los actos anulados, en contra de lo previsto en el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional.

Por último, como ya se dijo en el voto particular a que antes se hizo referencia, existiendo un informe de la Comisión de Calificación, constituiría un formalismo excesivo retrotraer las actuaciones para que nuevamente se emita en términos más detallados, cuando los componentes del Pleno estuvieron suficientemente ilustrados sobre las condiciones de los aspirantes, a cuyos expedientes tuvieron la posibilidad de acceder, y pudieron deliberar sobre los méritos y capacidades con total conocimiento que, además en el presente caso, tuvo reflejo como auténtica motivación en la decisión final del Consejo General del Poder Judicial.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:28/11/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo 407/2006, interpuesto por la representación procesal de Don EDUARDO SERRANO ALONSO contra el Real Decreto 1263/2006, de 27 de octubre, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a Don JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, y contra el Real Decreto 1264/2006, de 27 de octubre, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a Doña ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL.

Expreso, respetuosamente, mi disenso con el pronunciamiento de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 (R. 407/2006) que, en la expresión del voto mayoritario, resuelve estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don EDUARDO SERRANO ALONSO, y acuerda anular el Real Decreto 1263/2006, de 27 de octubre, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a Don JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA y el Real Decreto 1264/2006, de 27 de octubre, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a Doña ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del Informe de la Comisión de Calificación, para que emita un nuevo informe conforme a las exigencias establecidas en los fundamentos jurídicos de la sentencia, que se sustentan en la apreciación del vicio formal procedimental de déficit de motivación en las propuestas de

nombramiento del Consejo General del Poder Judicial, debido a que los Informes de la referida Comisión de Calificación adolecen de falta de concreción, que baso en los siguientes razonamientos jurídicos:

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

En este mismo sentido, en el voto particular concurrente que formulamos en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006 (R 117/2005), expusimos:

«Los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial deben ser siempre motivados, según dispone el artículo 137.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pero, cuando se trate de nombramientos de carácter discrecional, el deber de cumplimiento material del requisito de la motivación se revela más intenso y exigente, para asegurar el respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad reconocidos y garantizados por los artículos 14, 23.2 y 104 de la Constitución, plenamente aplicables en el ámbito de la promoción profesional de los miembros del Poder Judicial, en razón de las especiales y singulares características de los puestos a desempeñar que atañen al ejercicio de la función constitucional de impartir justicia en el marco de un sistema de administración de justicia responsable, eficiente y de calidad,

con la finalidad de que los candidatos puedan conocer efectivamente las razones de la designación y de facilitar plenamente el control jurisdiccional y poder sancionar, en su caso, los actos arbitrarios».

Debemos añadir a estas consideraciones jurídicas que la posición institucional preeminente del poder judicial en la vertebración y desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, que se desprende de los artículos 1 y 117 de la Constitución Española, por contribuir a la implementación del valor de la justicia en la resolución de los conflictos que se le encomienda y por ser la institución garante con carácter ordinario de los derechos y libertades, se proyecta sobre las decisiones del Consejo General del Poder Judicial adoptadas en aplicación del régimen jurídico de promoción profesional de jueces y magistrados, al exigirle concretamente que, en el ejercicio de la potestad discrecional de designación de Magistrados del Tribunal Supremo, que le **atribuye** la Ley Orgánica del Poder Judicial, no atienda a otros criterios que aquellos que favorezcan y refuercen la independencia e imparcialidad del poder judicial, con el fin de que los ciudadanos mantengan su confianza en la Administración de Justicia, que constituye el fundamento de su legitimación en una sociedad democrática.

Por tanto, en relación con los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial en materia de propuestas de nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, a que se refiere el artículo 127.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción debida a la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, creo oportuno significar que el Consejo General del Poder Judicial, que se subroga en la posición institucional que en otros sistemas constitucionales corresponde al Presidente o al Jefe del Estado, al Congreso o al Senado, o a Comisiones Mixtas de carácter parlamentario, ejerce una función de carácter institucional de gobierno del Poder Judicial, no calificable de mera administración del estatuto de jueces y magistrados, por afectar la designación a la composición del órgano jurisdiccional superior del Estado, al que la Constitución reserva específicamente una disposición (artículo 123 CE), atribuyéndole la función de interpretación uniforme del ordenamiento jurídico, encontrándose vinculado, en consecuencia, ex Constitución, a proponer a magistrados o juristas de «reconocida competencia profesional», en armonía con lo dispuesto en el artículo 159.2 CE,

que reúnan las condiciones de cualificación e idoneidad precisas para el mas adecuado desempeño de las funciones jurisdiccionales.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se enfatiza la intención del legislador de que sean designados Magistrados del Tribunal Supremo aquellos magistrados o juristas que reúnan condiciones sobresalientes de mérito y capacidad y que conciten una mayoría reforzada, si no la unanimidad, de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, en estos términos:

«En este sentido se pretende fortalecer el mérito y la capacidad como las razones esenciales del nombramiento y acceso al Tribunal Supremo y a las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, evitando la aplicación de un sistema de mayorías que no contribuye a crear una justicia de calidad, pues perjudica su imagen, puede enturbiar la independencia y comprometer el diseño constitucional sobre la posición del Tribunal Supremo.

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

La especial cualificación de los magistrados propuestos para acceder a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo se reconoce expresamente en el fundamento jurídico quinto de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 (R

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

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

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

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

aparentemente neutra sitúe a las candidatas aspirantes en desventaja particular con respecto a los candidatos.

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

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

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

El sistema de evaluación-calificación de los méritos y capacidades de los aspirantes a ser propuestos Magistrados del Tribunal Supremo, que establece la sentencia de la que discrepo, pugna con la lógica del modelo de organización y funcionamiento del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en el que todos sus miembros gozan de plena libertad de voto para propugnar el nombramiento del candidato que consideren más idóneo, y no están sometidos al deber de mantener invariablemente el sentido de su voto, en relación con la terna, como se aprecia en el desarrollo de la reunión celebrada por el Consejo General del Poder Judicial el 18 de octubre de 2006, con el objeto de debatir las candidaturas, en que los magistrados que fueron finalmente propuestos obtuvieron la adhesión de miembros del Consejo que en un principio, en el transcurso de la primera, segunda y tercera votación, no los consideraban idóneos para cubrir dichas plazas en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al inclinar sus preferencias por otros candidatos.

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

En contraste con el Informe enjuiciado en el recurso contencioso-administrativo 309/2004 precedente, los informes de la Comisión de Calificación

examinados en este recurso no pueden ser tachados de inconcretos o de genéricos, ni de que incurran en el vicio procedimental de adolecer de una motivación aparente y discriminatoria, que denunciaba la parte demandante, y que, según el voto mayoritario de la Sala, es determinante de la declaración de anulación de los Reales Decretos 1263/2006 y 1264/2006 impugnados.

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

«Artículo 74.

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

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

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

«Artículo 73.

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

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

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

De esta prescripción procedimental específica, que integra en determinados supuestos la exigencia de motivación contenida en el artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se infiere que no estableciéndose en el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 18 de abril de 2006, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de mayo de 2006, por el que se anuncian para su cobertura las plazas de Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ninguna disposición o anexo sobre criterios de evaluación o calificación de los méritos de los petitionarios, al poner en conocimiento de los aspirantes «que podrán acompañar a su instancia relación circunstanciada de méritos, publicaciones, títulos académicos o profesionales y cuantos otros datos estimen de interés, relativos a su actividad profesional», la Comisión de Calificación y el Pleno del Consejo General del Poder Judicial se encuentran vinculados por imperativo del principio de seguridad jurídica a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, interpretados conforme a las directrices emanadas de este Tribunal

Supremo que conforman el parámetro jurídico para enjuiciar la legalidad de los Reales Decretos impugnados en este recurso contencioso-administrativo.

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

Por ello, debe significarse que la falta de recibimiento del recurso contencioso-administrativo a prueba, que había solicitado la parte demandante en el escrito de demanda, con el objeto de acreditar los elementos de hecho que resulten negados o contradichos, «especialmente sobre la motivación viciada de los acuerdos, la desviación de poder y la preferencia femenina en la confección de la terna», impide al Tribunal sentenciador formar su convicción sobre si la Comisión de Calificación y el Pleno del Consejo General del Poder Judicial han incurrido en un manifiesto error de apreciación en la evaluación de las candidaturas y en la proposición de los magistrados que deben ser designados para cubrir las vacantes en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que sea constitutivo de arbitrariedad por ausencia de toda justificación de la decisión adoptada, o por no reunir los magistrados designados las capacidades exigidas en los artículos 326, 343 y 344 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a que aluden los Acuerdos de la Comisión Permanente de 18 de abril de 2006, de convocatoria de cobertura de dichas plazas.

En consecuencia, en congruencia con los razonamientos jurídicos expuestos, el motivo de nulidad deducido por la parte demandante por «falta de déficit o vicio de motivación» debería haber sido desestimado, al no haber eludido la Comisión de Calificación ni el Pleno del Consejo General del Poder Judicial las

directrices sobre motivación establecidas en la sentencia del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 (R 309/2004), ni haber incumplido las reglas procedimentales rectoras del proceso de designación, ni las exigencias de motivación, porque la propuesta de terna de candidatos formulada por la Comisión de Calificación se completa con el Informe sobre la aptitud de los candidatos propuestos, que ha tomado en consideración los méritos alegados por los solicitantes, a la vista de los expedientes personales de cada magistrado obrantes en el Consejo, así como las observaciones del Servicio de Inspección, y comprobarse que se expresan las razones que justifican la decisión de propuesta para el nombramiento de Magistrados de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y no haberse acreditado, desde la perspectiva de su contenido material, que dichos órganos de Gobierno del Poder Judicial hubieran incurrido en desviación de poder o en arbitrariedad.

Tercero.- Procede, en último término, recordar los límites que se desprenden de los artículos 106 y 117 de la Constitución, en relación con el control de legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales Contencioso-Administrativos, en orden a la fiscalización de los actos discrecionales de las Administraciones Públicas, en los que cabe integrar, a estos efectos, los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, en cuanto órgano constitucional que esta sometido a la Ley y al Derecho.

Conforme se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional, los tribunales contencioso-administrativos no pueden en el ejercicio de la potestad de control de los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial sustituir el ámbito de discrecionalidad que constitucionalmente corresponde a dicho órgano de gobierno del Poder Judicial, ni puede invadir sus potestades reglamentarias, mediante la determinación del contenido normativo de las disposiciones enjuiciadas emanadas de dicho órgano, al debe ceñirse en su actividad jurisdiccional a verificar si ha respetado el principio de juridicidad.

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

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

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

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

Cabe recordar, en último término, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, promueve, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 86/2004, de 16 de mayo y 219/2004, de 29 de noviembre), que no queden excluidos del control judicial las actuaciones de los órganos administrativos calificadores de procedimientos selectivos en orden a fiscalizar si han respetado en su actuación el principio de legalidad, por lo que cabe

considerar denegación de justicia si el órgano judicial «da por buena sin más la decisión administrativa, sin realizar el control exigible», aunque le esté vetado sustituir los criterios de valoración establecidos en las bases de la convocatoria, salvo en casos excepcionales, en que quepa acordar su nulidad, ni revisar las valoraciones que por su carácter técnico especializado correspondan al órgano administrativo; doctrina que resulta aplicable, con las modulaciones expuestas, en el ámbito de control de los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial impugnados en el marco de este recurso contencioso-administrativo.

Fdo.: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:28/11/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE A LA SENTENCIA DE DICHA SALA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2007, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 47/2006, SOBRE NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DEL SUPREMO.

PRIMERO. Lamento encontrarme en la obligación de discrepar del sentir mayoritario de Sala, debido a que las conclusiones alcanzadas en la presente sentencia alteran ---en muy breve espacio de tiempo--- el principio de coherencia y continuidad reiterado en la STS de 29 de mayo de 2006 y anunciado en la anterior STS de 3 de marzo de 2005, ambas del mismo Pleno de la Sala, y precedentes inmediatos de la actual sentencia. Tras señalarse en las mismas que nos encontrábamos ante un tema *“complejo y problemático”*, añadíamos: *“sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no se haya arribado a una conclusión firme y consolidada”*.

Es, pues, evidente que comparto la línea iniciada por las dos sentencias de referencia, pero debo, igualmente, dejar constancia de que las conclusiones alcanzadas, en la presente, por el sentir mayoritario de mis colegas de Tribunal, implican una ruptura evolutiva con la ---reciente en el tiempo--- doctrina jurisprudencial anunciada; y ello, en las tres líneas esenciales que en aquellas sentencias se exponen y, que la presente recoge con precisión, como punto de partida, en su Fundamento Sexto, que, por supuesto compartimos. Doctrina que, con excelente precisión, actualiza la actual sentencia en su Fundamento Décimo.

Esto es, se trata del (1) reconocimiento al Consejo General del Poder Judicial, como órgano constitucional, de un amplio margen de actuación que también se proyecta en los nombramientos que efectúa; margen que (2), sin embargo, se ve limitado por la necesaria aplicación a los mismos de los principios de mérito y capacidad; y, cuya concreta aplicación se articula (3) por la exigencia en los mismos, en el marco expresado, y siguiendo el procedimiento establecido, del requisito de la motivación.

SEGUNDO.- La presente sentencia, por el contrario, dicho sea con el máximo de los respetos al fundado parecer de quienes mantienen la tesis mayoritaria, (1) desvirtúa, de una parte, y, de otra parte, impone, aspectos formales y procedimentales del proceso de nombramiento no recogidos en norma alguna ---legal o reglamentaria--- vigente; (2) no valora la motivación que los acuerdos adoptados contienen; y (3), como consecuencia de los dos aspectos anteriores, termina por limitar el ámbito de actuación del Consejo,:

TERCERO.- La sentencia, en primer término, impone en el proceso de nombramientos aspectos formales no recogidos en norma procedimental alguna vigente, desconociendo, por el contrario, otros.

Son dos, pues, los aspectos que debemos destacar en este punto: la minusvaloración de algunos requisitos formales, y, desde una perspectiva contraria, la exigencia de otros no previstos por las normas de aplicación en vigor:

1º.- En relación con el ámbito de actuación del la Comisión de calificación del Consejo General del Poder Judicial, la sentencia llega a unas conclusiones de las que discrepamos.

Del examen de los artículos 136 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y 73 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo de 22 de abril de 1986 (ROF) la sentencia llega a la

conclusión ---que no compartimos--- de que los citados preceptos *“no permiten sentar la conclusión de que la información que haya de recabar la Comisión de calificación tenga unas pautas formalistas rigurosamente tasadas”*, inclinándose, al razonar *“mas bien por un carácter enunciativo de las variadas fuentes de información que podrán ser utilizadas para la clasificación”*.

No es así.

El proceso esbozado por el legislador, y completado por la norma reglamentaria de precedente cita, es el siguiente:

a) La competencia de la Comisión, en esta concreta materia, es la de *“informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno”* (artículo 135 LOPJ); dicha obligación de informar los nombramientos es articulada, en la norma reglamentarias, por la vía de *“formular las oportunas propuestas sobre los nombramientos”* (artículo 72 ROF).

b) A su vez, tal propuesta consiste en la elaboración de *“una relación de al menos tres candidatos para el cargo de que se trate”*, sin que dicha norma contenga ninguna otra referencia a la forma y contenido de la expresada propuesta o relación.

c) Tal propuesta (relación de tres candidatos o terna) ---que debe de ser distribuida a los miembros del Consejo, que cuentan con la posibilidad de proceder a su ampliación--- es el sustrato documental que permite incluir el nombramiento de que se trate en el siguiente Orden del Día del Pleno del Consejo. Sustrato documental que es completado verbalmente por la Comisión de Calificación al tratar el correspondiente punto del Orden del Día del Pleno; en tal sentido el artículo 74.2º del ROF dispone que, en el citado Pleno, *“la comisión informará de las circunstancias que concurren en los candidatos incluidos inicialmente en la relación o ulteriormente adicionados”*.

d) Del examen de los preceptos expresados se deduce que tal propuesta de relación al Pleno es la plasmación formal de la calificación de los candidatos que se incluyen en la citada propuesta, analizando sus

circunstancias (méritos pasados y capacidades futuras) de conformidad con los *“criterios de calificación de los Jueces y Magistrados”*.

e) Esto es, para proceder a la calificación de los Jueces y Magistrados, cual requisito previo para el posterior nombramiento, la Comisión de Calificación ---con carácter previo--- debe haber establecido cuales sean los expresados *“criterios de calificación”* (artículo 136 LOPJ y 73 ROF).

f) Para ello ---para configurar los expresados criterios previos--- es cierto (y en ello coincidimos con la sentencia) que los preceptos, legal y reglamentario, de precedente cita establecen *“un carácter enunciativo de las variadas fuentes de información que podrán ser utilizadas para la clasificación”*. Es cierto, pues, que los preceptos de referencia permite a la Comisión de Calificación, con carácter potestativo, el *“recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial”*, pero, a continuación, con carácter imperativo señala que *“en todo caso, recibirá un informe anual elaborado por las correspondientes Salas de Gobierno de los órganos jurisdiccionales a que aquellos estuviesen adscritos, que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados”*. Por su parte, el precepto reglamentario señala ---con el mismo carácter imperativo--- que *“la Comisión tendrá en cuenta asimismo los datos que sobre laboriosidad, capacidades y formación técnica de los Jueces y Magistrados resulten de la actividad inspectora del Consejo, que serán anotados en los respectivos expediente”*.

Este es, pues, el proceso establecido ---y al parecer no seguido---; sobre el incidió la inicial jurisprudencia de esta Sala exigiendo, en el expresado proceso de calificación, la necesaria motivación que tendría el papel de servir de instrumento de comprobación de la necesaria adecuación entre los méritos pasados y capacidades futuras de cada candidato en relación con los previos e imprescindibles criterios de calificación. Pero en el enjuiciamiento concreto de aquellos supuesto ---y al comprobarse la ausencia generalizada de algunos de los requisitos expresados--- preferimos calificar el tema de *“complejo y problemático”*, y no insistir momentáneamente sobre tal aspecto (señalando simplemente que sobre tal cuestión *“la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no se haya arribado a una conclusión firme y consolidada”*).

Pero si se intensifica el requisito de la motivación en la presente sentencia, con plena coherencia, debe ponerse de manifiesto cual es sistema global diseñado por el legislador ---y al parecer no cumplido--- para proceder a los nombramientos. No se puede, pues, desdeñar la ausencia de criterios previos de calificación y no exigir informes de las Salas de Gobierno y del Servicio de Inspección y centrar solo la cuestión en la insuficiencia de motivación.

Con el seguimiento integral del mismo ---que posiblemente debiera precisarse de forma reglamentaria por el propio Consejo--- se conseguiría no una motivación aislada y saltuaria para cada nombramiento, sino un proceso permanente de motivación mediante el constante, anualmente continuado y fluido acarreo a los expedientes personales, desde distintas perspectivas, de datos, juicios y valoraciones de los integrantes de la Carrera Judicial. Solo así habría promoción interna, solo así habría carrera judicial, ya que, en un ámbito cerrado como el de la Carrera Judicial los candidatos no surgen ---o no debieran surgir--- de la noche a la mañana como unos desconocidos que tienen que comenzar por recordar a la Comisión de Calificación, con sus currículum, cuando ingresaron en la Carrera Judicial. Sería el propio sistema el que iría decantando y consolidando a los candidatos en una labor de permanente motivación. Solo así, en síntesis, habría una motivación continuada, dilatada en el tiempo, pero, al mismo tiempo actualizada.

Como quiera que la restauración del sistema ---con la imprescindible exigencia de los obligados informes de referencia--- no resultaría posible de inmediato, la motivación en los nombramientos quedó en el punto en que las anteriores sentencias señalaron, pero, insistimos, la intensificación que, en dicha línea, la presente sentencia supone, no resulta exigible aisladamente en el vacío de una sistema global cuyo cumplimiento no resulta acreditado.

2º.- Por otra parte la sentencia deja entrever la exigencia de otros requisitos no previstos por las normas de aplicación en vigor:

a) De una parte, se hace referencia en la sentencia ---en relación con los solicitantes no incluidos en la propuesta o terna elevada al Pleno---- a la

necesidad ---de alguna forma--- de poner en su conocimiento el resultado de una valoración comparativa de sus méritos respecto de los que hubieran resulta incluidos.

Se trata de una creación jurisprudencial de la presente sentencia, no contenida en la anteriores, y, que implica, una extensión o ampliación subjetiva del ámbito de motivación expresada. En las normas expresadas que hemos desarrollado no se contiene referencia alguna a tal juicio comparativo, y supone, como hemos señalado, una intensificación subjetiva del requisito de la motivación, de difícil cumplimiento en la situación actual, sin el previo desarrollo del sistema establecido, en los términos indicados. Esto es, sin la previa consolidación de los informes de las Salas de Gobierno y del Servicio de Inspección ---en positivo, se supone---, sin el establecimiento de criterios de calificación previos, y sin contar, tras un tiempo, con dicho soporte documental, la actual exigencia de comunicar o informar a cada candidato de su particulares causa de exclusión de la terna, tras la comparación de sus méritos con los incluidos, al margen de no contar con soporte normativo concreto alguno legal ni reglamentario, supone un voluntarismo jurisprudencial de difícil consolidación práctica. Se trata de una exigencia que pudiera tener apoyo en un concepto mucho mas intenso y extenso de la motivación, pero que, en la situación actual, ni el legislador la exigió ni el propio Consejo ---de momento--- en el desarrollo de su potestad reglamentaria la ha contemplado.

b) En el Fundamento Noveno de la sentencia se hace referencia a la valoración de las concretas actividades jurisdiccionales, con expresión de cuales son las razones por las que a las actividades de un candidato se les otorga prioridad o superior valor frente a las de otros aspirantes.

Resulta mas que razonable la valoración de la actuación jurisdiccional (normalmente reflejada en su sentencias y resoluciones), pero debemos rechazar que tal labor ---técnica--- le corresponda de una manera directa a los miembros de la Comisión de Calificación y sobre la base de unas escogidas resoluciones presentadas por cada candidato.

No es ese el sistema, aun contando los miembros de la misma con la consideración de juristas de reconocido prestigio, ya que de lo que se trata es

de comprobar la coherencia y congruencia interna de las sentencias y resoluciones, su nivel de motivación, su previsibilidad de acierto, su nivel de revocación, etc.. Pero ello no se consigue con un aislado análisis ---en función de un nombramiento---, sobre la base de unas escogidas resoluciones y en actuación directa por los miembros de la Comisión. Es una lenta y continuada labor de la que anualmente ---y no en función de un nombramiento--- se va dejando constancia por las Salas de Gobierno y el Servicio de Inspección, y que puede resultar completado por el parecer del órgano al que se pretende acceder, cuyo concreto informe puede ser solicitado por la Comisión. Pero ni a los integrantes de la Comisión les corresponde esta labor técnica y directa de la comprobación jurisprudencial, ni, en modo alguno, la misma puede consistir en un puntual y concreto examen de un mínimo y aislado exponente de la prolongada labor jurisprudencial que a un juez o magistrado se le supone. Los informes y pareceres continuados sobre la misma se presentan como imprescindibles.

CUARTO.- La sentencia, en segundo término, no valora la suficiente motivación que los Acuerdos adoptados contienen:

La STS de 26 de mayo de 2006 partía, obviamente, del mandato contenido en el artículo 137 de la citada Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que establece que *“los Acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados”*, calificando la expresada motivación de principio general sin *“ninguna exclusión explícita”*, y remitiéndose, para integrar su contenido, a lo establecido en el artículo 54.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) que dispone que *“serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: ... f) Los (actos) que se dicten en el ejercicio de las potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria”*. Textualmente, se decía: *“Se hace, por ello, preciso, también en casos como el que ahora nos ocupa, que aflore expresamente en el nombramiento algún tipo de motivación que haga jurídicamente nítido que el acto no se ha extralimitado”*.

Pues bien, contrastados los hechos del supuesto de autos, debo señalar que el nivel de exigencia que la sentencia establece, en el aspecto concreto de motivación que examinamos, supera, con mucho, la normal, habitual y reiterada interpretación que del precepto procedimental de referencia venimos realizando (54 LRJPA), al rechazarse las específicas y concretas conclusiones valoratorias que en el Acta de la Comisión de Calificación se contienen de cada uno de los candidatos; en concreto, de uno de los nombrados se señala que *“Se trata de un destacado miembro de la Jurisdicción Social, en la que ha ejercido desde su ingreso en el Cuerpo de Magistrados de Trabajo en el año 1981”*. Y, de la otra, que cuenta con *“un excelente curriculum tanto por sus títulos profesionales como por su propia actuación jurisdiccional”*. En uno y otro caso, a continuación, se relacionan sus variados méritos profesionales, de diversa índole.

No se trata, pues, de una simple *“enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes”*, sino, mas al contrario, de una apretada síntesis de un dilatado currículum profesional ---que responde a los méritos contenidos y reclamados en la convocatoria--- que, en modo alguno, pueden ser calificados de *“jalones normales de cualquier trayectoria profesional”*. Mas que normalidad, los currículum presentados y la valoración efectuada refleja la excelencia de unas trayectorias profesionales mas que suficiente para alcanzar la última categoría de la Carrera Judicial. Es evidente que la concreta referencia a ser un *“destacado miembro de la Jurisdicción Social”*, o, la de contar con *“un excelente currículum”*, ni son una simple *“enumeración de ... datos que son sustancialmente comunes”*, ni pueden ser considerados *“jalones normales de cualquier trayectoria profesional”*, por la simple y sencilla razón de que, por parte de la Comisión de Calificación, tales específicas referencias (1) solo se realizan en relación con los concretos candidatos a los que se refiere --y había cuarenta---, (2) no son repetitivas, sino distintas y de diversa intensidad en cada uno de los propuestos, y (3) constituyen una adecuada síntesis del proceso valorativo del curruculum del candidato. Sucinta, si se quiere, pero se trata de una motivación absolutamente habitual en el nivel de exigencia que venimos deduciendo del citado artículo 54.f) de la LRJCA.

Se exige por la sentencia ---desde una perspectiva que consideramos errónea--- *“la concreta muestra de actividad jurisdiccional, académica o*

científica” con la finalidad, según se expresa, de *“mediante su contraste con experiencias de parecida índole de los otros candidatos, atribuir una preferencia a los nombrados”*.

Y este es, desde mi punto de vista, el error de la sentencia en relación con el procedimiento de designación que examinamos, ya que una cosa es la motivación y otra la comparación; una cosa es la necesaria motivación y otra el pretendido contraste entre candidatos; una cosa es la motivación de la suficiencia profesional para el cargo manteniendo el principio de igualdad en el proceso valorativo de cada uno de candidato, y otra la pretendida clasificación detallada de los candidatos, olvidándose con ello de que el candidato que, desde esta perspectiva clasificatoria y comparativa, resultara el mejor clasificado, no tendría necesariamente porqué ser el nombrado, salvo, si lo que se pretende ---que en modo alguno es lo querido por el legislador--- es transformar el sistema de nombramiento en un sistema reglado de concurso de méritos. Debe existir, pues, sin duda, una motivación expositiva de los méritos de cada uno de los candidatos propuestos ---incluso mas específica y extensa que la realizada en el supuesto de autos--- pero en modo alguno la motivación puede transformarse en un sistema comparativo de los concretos méritos de cada uno, en relación con los demás, pretendido obtener, así, una reglada y pormenorizada “clasificación” de los candidatos, pues ello supone, simplemente, la indirecta limitación del ámbito de decisión constitucional del Consejo General del Poder Judicial. Esto es, la profundización por esta vía clasificatoria ---que la sentencia mantiene--- de exigir e imponer una “valoración profesional competitiva” de los candidatos mediante *“un soporte básico o material que la sustente”* conduce, irremisiblemente, a tratar de imponer dicho criterio valorativo reglado en el ámbito de decisión discrecional del Pleno del Consejo. Si se nos permite la deformación urbanística la Comisión de Calificación ha de proceder a realizar lo que su nombre indica, esto es, la *“calificación”* de los propuestos, cual filtro previo o marchamo de suficiencia para acceder a la decisión plenaria ---operación que, sin duda, habrá de motivar suficientemente---, mas no debe ---como el sentir mayoritario parece exigir--- realizar una ordenada, reglada y pormenorizada *“clasificación”* de todos los candidatos entre sí.

QUINTO.- Como consecuencia de las dos anteriores argumentaciones, esto es, como consecuencia de la elevación del nivel de motivación que la sentencia implica, sin contarse, en el momento actual, con la infraestructura procedimental y documental legal y reglamentariamente requerida, se está procediendo a limitar el ámbito de actuación discrecional del Consejo General del Poder Judicial en su ámbito competencial referido a los nombramientos.

Fdo. Rafael Fernández Valverde

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA: 27/11/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA D^a CELSA PICO LORENZO, MAGISTRADA CON DESTINO EN LA SECCION CUARTA DE LA SALA TERCERA DE ESTE TRIBUNAL SUPEREMO, A LA SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2007, RECAIDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN nº 407/2006 SOBRE NOMBRAMIENTO MAGISTRADO TRIBUNAL SUPREMO, Y AL QUE SE ADHIERE D. JESÚS PECES MORATE, MAGISTRADO CON DESTINO EN LA SECCIÓN QUINTA, D. SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ, MAGISTRADO CON DESTINO EN LA SECCIÓN QUINTA Y D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ, MAGISTRADA CON DESTINO EN LA SECCION SEXTA DE LA SALA TERCERA DE ESTE TRIBUNAL SUPREMO POR ENTENDER QUE LA CUESTIÓN A QUE EL MISMO HACE REFERENCIA DEBIÓ SER EXAMINADA POR EL PLENO DE LA SALA.

PRIMERO.- Ninguna objeción a la fundamentación jurídica del sentir mayoritario de la Sala, cuyo criterio compartimos plenamente al conducir a la anulación del RD 1262/2006 por falta de motivación en la actuación previa del Consejo General del Poder Judicial.

Sin embargo, discrepamos del hecho de que no se repute necesario examinar la última argumentación del recurrente sobre la nulidad del Real Decreto 1262/2006, de 27 de octubre por el que, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, se promueve a la categoría de Magistrada del Tribunal Supremo a doña Rosa Maria Virolés Piñol "por haber viciado el procedimiento selectivo el influjo de la cuota femenina (sic) puesto de relieve en

la nota de servicio del expediente que recoge el acuerdo de pleno de favorecer el nombramiento de mujeres en nombramiento de plazas del Tribunal Supremo".

Se trata de una cuestión que necesita respuesta, independientemente de los razonamientos expresados en la sentencia, que aceptan la ausencia de motivación, máxime cuando Abogacía del Estado, en defensa del Consejo General del Poder Judicial, y la codemandada, en la natural y lógica defensa de su nombramiento, mantienen posiciones distintas respecto al uso o no de tal criterio. Aspecto que, por ser novedoso, como admiten todos los intervinientes en la causa, necesita ir perfilando la interpretación que corresponde.

1. Partimos de que la defensa del recurrente imputa violación del principio de igualdad, al entender que la Comisión de Calificación ya había ejecutado el Acuerdo del Pleno del Consejo del Poder Judicial de 22 de junio de 2005, a cuyo tenor en el punto tercero se insta a los órganos del Consejo a *"Impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con méritos y capacidad en los procesos de nombramientos de cargos gubernativos de la carrera judicial y Magistrados del Tribunal Supremo. Para ello, cuando concurren varios candidatos con similares méritos, se procurará facilitar el nombramiento de mujeres para estos puestos"*.

Entiende que dicho Acuerdo se ejecutó en la propuesta de la Comisión de Calificación, pues había 4 mujeres entre los 24 aspirantes y dos de ellas aparecen en la terna junto a un único varón. Aduce que la atribución de ventaja a la mujer solo puede ser regulada por ley orgánica. Reputa el nombramiento viciado de inconstitucionalidad y pide su retroacción a la fase del informe de la Comisión de Calificación para que confeccione la terna de aspirantes sin tomar en cuenta aquel Acuerdo de 22 de junio de 2005.

2. La Abogada del Estado, en representación y defensa del Consejo General del Poder Judicial, esgrime que el actor no cuestiona el concreto nombramiento de la codemandada sino la política para la promoción de igualdad entre los sexos partiendo de la antedicha Nota de Servicio Interior. Subraya que en el apartado primero de ésta se dice que se trata de fomentar la presencia de mujeres jueces: *"que reúnan las características de perfil, capacidad, experiencia, etc. necesarias en estas responsabilidades"*. Destaca, asimismo, que el apartado

3 de la merita nota expresa que las mujeres que aspiren a los cargos deberán cumplir los requisitos de mérito y capacidad.

Señala también que el art. 11 de la recientemente aprobada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, bajo la rúbrica de "acciones positivas" expresa *"Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso"*.

Hace mención asimismo al art. 16 al disponer que *"Los poderes públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designación de los cargos de responsabilidad que les correspondan"*. Y destaca, sin citar precepto alguno, la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el propósito de garantizar la igualdad de sexos. Concluye indicando que los candidatos propuestos en la otra plaza en liza solo fueron hombres.

3. Niega la codemandada, cuyo nombramiento es objeto de impugnación, que fuera nombrada por el hecho de ser mujer. Procede luego a transcribir los aspectos esenciales del voto particular concurrente formulado por la Magistrada Doña. Celsa Pico Lorenzo, al que se adhirió la Magistrada Doña Margarita Robles Fernández, con relación a la decisión adoptada por el Pleno de este Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de noviembre de 2006 dictada en el recurso contencioso administrativo 117/2005.

Los razonamientos del meritado voto se centran en las Directivas comunitarias relativas a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, al Acuerdo del Pleno de Consejo General del Poder Judicial adoptado el 22 de junio de 2005, más arriba citado, y al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres, pues en tal momento todavía no había sido aprobada la LO 3/2007, de 22 de marzo.

4. No obstante tal planteamiento, que entendemos necesita respuesta, el sentir mayoritario de la Sala ha considerado, como ya aconteció en la sentencia anterior de 27 de noviembre de 2006, que no es necesario pronunciamiento alguno al respecto por cuanto el Real Decreto es anulado por falta de motivación siguiendo los criterios vertidos en sentencias anteriores sobre materia análoga (nombramientos de Magistrados para determinados cargos por el Consejo General del Poder Judicial).

En aquella sentencia el Pleno de la Sala se apoyaba en que no cabía un pronunciamiento abstracto y anticipado del Tribunal pues todavía no había sido adoptado el Acuerdo de 22 de junio de 2005 en la fecha de la actuación del Consejo General del Poder Judicial sometida a enjuiciamiento.

En la sentencia dictada en este recurso 407/2006, el Pleno de la Sala sustenta su posición en la innecesariedad de examinar la citada controversia al acoger la pretensión anulatoria por falta de motivación.

Y justamente es tal ausencia de respuesta a una cuestión aquí si debidamente suscitada y sobre la que hemos resaltado, existen análisis contradictorios incluso entre la parte demandada y la codemandada, lo que motiva esta opinión disidente del sentir mayoritario aunque concurrente con la decisión final adoptada.

SEGUNDO.- Nos remitimos a los razonamientos expuestos en el voto particular a que se refiere el punto cuarto del fundamento de derecho primero pues su argumentación esencial continua subsistente.

Sólo se halla superado en el momento actual por el hecho de que, ahora, si se encuentra vigente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Aunque también es cierto que dicha Ley Orgánica no había sido aprobada, ni, por tanto, entrado en vigor al tiempo de dictarse el acto impugnado. Y no debe olvidarse que su Disposición transitoria primera al referirse al régimen transitorio de nombramientos expresa el claro principio general de irretroactividad de la ley

consagrado en el art. 9.3. CE. *"Las normas sobre composición y representación equilibrada contenidas en la presente Ley serán de aplicación a los nombramientos que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor, sin afectar a los ya realizados"*.

La nueva disposición legal pretende asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad. Para ello potencia la composición o presencia equilibrada, concepto respecto del cual despeja cualquier duda que pudiera surgir en su interpretación mediante la definición, a los efectos de la citada Ley, sobre que debe entenderse por tal presencia equilibrada. Así la Disposición Adicional primera declara que *"se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento"*.

No siendo aplicable al supuesto de autos, huelga continuar con la misma, aunque, sí creemos necesario ya centrar la terminología precisa en el ámbito al que nos venimos refiriendo. La novedad de la regulación, tras los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing en 1995, hace preciso no se consoliden en el uso forense términos no establecidos en las normas legales que derivarían en vicios terminológicos.

Debe subrayarse que la citada Ley Orgánica no incorpora a nuestro ordenamiento jurídico "cuota femenina" alguna, por lo que resulta impropio hacer uso de tales vocablos.

Lo que hace la Ley Orgánica 3/2007 es incorporar al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Como subraya la Exposición de Motivos de la Ley *"con el fin de alcanzar esa igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, (prevea) un marco general para la*

adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual a favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional".

Tampoco el Acuerdo del CGPJ de 22 de junio de 2005 establece "cuota femenina" alguna. Se limita, en consonancia con las Directivas antedichas -ahora sí traspuesta a nuestro ordenamiento, mas cuyo plazo de incorporación había vencido respecto alguna ya en la fecha del Acuerdo- a impulsar la promoción de las mujeres con méritos y capacidad en los procesos de nombramientos de cargos gubernativos de la Carrera Judicial y Magistrados del Tribunal Supremo. Declara que "se procurará" facilitar el nombramiento de mujeres para estos puestos cuando concurren varios candidatos con similares méritos, mas no fija "cuota femenina" alguna.

TERCERO.- Formuladas las anteriores precisiones, examinamos los argumentos frente a la actuación del CGPJ.

En lo que atañe a la Directiva 2004/113/CE, no, había vencido el plazo para su transposición al derecho interno español, pero si había sido rebasado con creces respecto al resto de la normativa europea en materia de igualdad de mujeres y hombres. Y no debe olvidarse la posibilidad de invocar directamente el texto originario de la norma comunitaria, el llamado efecto directo, tanto si agotado el plazo de adaptación éste no ha tenido lugar como si incorporada la norma al ordenamiento interno no ha sido adaptado debidamente y el texto de la Directiva es suficientemente claro y preciso para ser invocado.

Contrastando los alegatos de demandante con lo obrante en la causa, hemos de concluir que se desconoce si el Consejo General del Poder Judicial ha cumplido o no el "acto propio" residenciado en el Acuerdo a que nos referíamos en el último párrafo de nuestro voto particular concurrente a la STS de 27 de noviembre de 2006, dictada en el recurso contencioso administrativo 117/2005,

reflejado aquí en la nota de Servicio Interior que obra en las páginas 426 y 427 del expediente administrativo.

No se acredita la certeza del alegato del recurrente acerca de que se hizo uso de tal Acuerdo como, en cierto sentido, admite la Abogada del Estado. Antes al contrario, hay un total silencio, que parece dar la razón a la codemandada afectada por la impugnación, en cuanto que en su promoción a la categoría de Magistrada del Tribunal Supremo no entraron en juego las directrices de tal Acuerdo.

Expresábamos en el voto antedicho la necesidad de una motivación reforzada cuando se hiciera uso de tal Acuerdo, dado que el art. 103 CE consagra el mérito y capacidad -cuestión sobre la que ya se ha explayado la sentencia mayoritaria- como eje esencial en cualquier nombramiento de promoción efectuado por el Consejo General del Poder Judicial. Y, es evidente, que la escueta motivación -aspecto asimismo desarrollado en la sentencia-, que acompaña a los currícula de los candidatos presentes en la terna, nada muestra al respecto, sin que la mera presencia en el expediente de la nota de servicio, a que se refiere el recurrente, pueda entenderse que despliegue el efecto que se le atribuye.

D^a Celsa Pico Fernández

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Segundo Menéndez Pérez

D^a Margarita Robles Fernández

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, juntamente con los votos particulares, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Nicolás Maurandi Guillén, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha de lo que como Secretario, certifico.