

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
PLENO
SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 29/05/2006

REC.ORDINARIO(c/a)

Recurso Núm.: 309/2004

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 22/05/2006

Procedencia:

Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres

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

Escrito por: MDC

IMPUGNACIÓN DEL R.D. 1826/04, DE 30 DE JULIO, POR EL QUE SE NOMBRA PRESIDENTE DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL A D. SALVADOR FRANCISCO JAVIER GÓMEZ BERMUDEZ.

Num.: 309/2004

Votación: 22/05/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Ramón Trillo Torres

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. Mariano Baena del Alcázar
D. Pedro José Yagüe Gil
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. Antonio Martí García
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. Agustín Puente Prieto**

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. Celsa Pico Lorenzo
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Margarita Robles Fernández
D. Emilio Frías Ponce
D. José Díaz Delgado
D. Eduardo Calvo Rojas

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Mayo de dos mil seis. **VISTO** por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los señores anotados al margen, el recurso contencioso-administrativo que con el número 309/2004 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Mónica Paloma Fente Delgado, en nombre y representación de don José Ricardo de Prada Solaesa, contra el Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombra Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a don Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez. Siendo parte recurrida don Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez representado por el Procurador don Guillermo Garcia San Miguel Hoover y la Administración del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de don José Ricardo de Prada Solaesa se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombra Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a don Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez el cual fue admitido por la Sala, motivando la publicación del preceptivo anuncio en el Boletín Oficial del Estado y la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se entregó a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días.

Por acuerdo del Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al amparo del art. 197 de la L.O.P.J. y por estimarlo necesario para la Administración

de Justicia, el presente recurso continúa su tramitación en la Sección Primera de esta Sala, designándose Ponente al Presidente Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres.

SEGUNDO.- La parte recurrente presenta demanda mediante el oportuno escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos jurídicos que consideró procedentes, terminó suplicando a la Sala se tenga por formalizada la presente demanda, con devolución del expediente administrativo y previos trámites legales, en su día dicte sentencia por la que, con estimación del presente recurso, se declare no ajustado a derecho, por las razones expuestas, el acto administrativo impugnado, declarandola nulidad del Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombra Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a don Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez, con nulidad de los actos antecedentes que le sirven de soporte, disponiendo, en el caso 1º del apartado IV de esta demanda, que el nombramiento es nulo por falta de validez de la cuarta votación y que con los demás aspirantes deber de formarse nuevas ternas que serán votadas por el Pleno, excluyendo a los candidatos que no obtuvieron votos suficientes (incluido el recurrente). En el caso 2º del apartado IV, que el nombramiento es nulo por apreciarse, por presunciones, la existencia de desviación de poder, procediendo a que el Pleno del C.G.P.J. vote nuevas ternas, excluido el candidato anulado Sr. Gómez Bermúdez. En el Caso 3º del apartado IV, que el nombramiento es nulo porque la plaza debe ofertarse y resolverse por sistema concurso, estableciendo lo necesario en la convocatoria a efectos de criterios de valoración de méritos y capacidad y ajustando la resolución a los términos de la convocatoria. En el caso 4º del apartado IV, que el nombramiento es nulo por falta de motivación, procediendo a nueva votación en la que se tenga en cuenta por el Pleno del C.G.P.J., la necesidad de motivar el acuerdo que obtenga el número de votos suficientes, a cuyo efecto cada candidato ha de ir respaldado por un texto explicatorio de las razones de su hipotética selección. Y en el caso del apartado 5º, decreta la nulidad del nombramiento, una vez planteada cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, de acuerdo con los términos en que quede zanjado el asunto por la decisión definitiva del Tribunal Constitucional. Mediante Otrosí solicita trámite de vista o conclusiones para su momento al amparo del artículo 62.2 LJ. Asimismo también mediante Otrosí solicita el recibimiento, para su momento, del proceso a prueba que deberá versar sobre los hechos que, alegados en este escrito, resulten negados de contrario y singularmente: a) Sobre la existencia -vox populi- de un clima de politización en el área de nombramientos judiciales en el seno del Consejo General

del Poder Judicial. b) Sobre la existencia de desviación de poder en el nombramiento del Sr. Gómez Bermúdez como Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. c) Sobre los méritos que usualmente se valoran para adjudicar una vacante judicial no sujeta a concurso ordinario.

TERCERO.-El Abogado del Estado, en representación y defensa del Consejo General del Poder Judicial, se opuso a la demanda con su escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derechos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia desestimando el presente recurso contencioso-administrativo.

El Sr. Gómez Bermúdez se opuso a la demanda con su escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derechos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que, previos los trámites oportunos y sin necesidad de celebración de vista, dicte sentencia en el sentido de desestimar íntegramente la demanda de contrario, con expresa imposición de las costas dada su temeridad y mala fe procesales, con demás pronunciamientos de menester.

CUARTO.- Por Auto de fecha 13 de julio de 2005, la Sala acuerda recibir el proceso a prueba y abriendo el plazo para que las partes pudieran proponer los medios de prueba consideraran procedentes.

QUINTO.- En fecha 8 y 13 de septiembre de 2005 se presentan escritos respectivamente por el Procurador don Guillermo Garcia San Miguel Hoover en nombre y representación de don Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez.y por la Procuradora doña Mónica Paloma Fente Delgado, en nombre y representación de don José Ricardo de Prada Solaesa en los que ambas partes proponen medios de prueba y que son unidos a los autos.

SEXTO.- Por Auto de fecha 4 de octubre de 2005, la Sala acuerda: la plena pertinencia de la totalidad de las pruebas propuestas por el codemandado, Sr. Gómez Bermúdez, excepto la primera por considerarse inútil y admitir, en cuanto a la prueba propuesta por la parte recurrente, el medio reseñado bajo el número II, limitando las preguntas a contestar por el Secretario General del C.G.P.J. a las contenidas en los números uno al cuatro y en cuanto al número cinco solamente la letra a). Igualmente se admiten las pruebas propuestas por el recurrente en los

apartados III y IV. ambas documentales, dándose por reproducidos los documentos aportados, inadmitiendo, por impertinentes e inútiles, los restantes.

SÉPTIMO.- Contra el Auto de fecha 4 de octubre de 2004 la parte recurrente interpone recurso de súplica discutiendo tanto la denegación de parte de los medios de prueba que había propuesto, como la declaración de pertinencia de los medios propuestos por el codemandado, que es desestimado por la Sala mediante Auto de fecha 25 de enero de 2006.

OCTAVO.- Practicadas la pruebas interesadas por la parte recurrente y codemandada, se declara terminado el término probatorio y, no estimándose necesaria la celebración de vista, la Sala abre término a las partes para presentación sucesiva de conclusiones sucintas. Evacuado el trámite de conclusiones conferido a las partes, y visto el estado en que se encuentran las actuaciones, se declaran concluidas las actuaciones, para votación y fallo.

NOVENO.- Por sendos Autos de fecha 18 de mayo se declaran por la Sala justificadas las abstenciones comunicadas por los Excmos. Srs. D. Francisco Trujillo Mamely y D. Manuel Martín Timón.

DÉCIMO.- Señalada la audiencia del día 22 de mayo de 2.006 para votación y fallo, en dicho acto tuvo lugar su celebración.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **RAMÓN TRILLO TORRES**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos pronunciarnos en este proceso sobre el recurso contencioso-administrativo que el Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada Solaesa, Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ha interpuesto contra el Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio (BOE 8 de septiembre de 2004), por el que se nombró Presidente de dicha Sala al Ilmo. Sr. D. Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez.

En su demanda articula el actor cuatro motivos de impugnación que son, en síntesis: primero, que fueron cuatro las votaciones sucesivas que se realizaron para

conseguir la mayoría suficiente para acordar el nombramiento, cuando el número máximo admisible era únicamente tres; segundo, que el nombramiento es nulo por incurrir en desviación de poder; tercero, que también es nulo porque el puesto de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional no es de libre designación sino sometido a concurso; y, cuarto, que asimismo es nulo por carecer de motivación suficiente referida a los principios constitucionales de mérito y capacidad.

Ya en conclusiones, a la vista de las alegaciones del codemandado, ha añadido que concurre otro motivo de nulidad, cual es que en el curso del procedimiento para la adjudicación de la vacante se había producido una grave infracción del principio de igualdad de oportunidades para todos los aspirantes, desde el momento que al codemandado, y sólo a él, se le permitió entregar "en mano" a algunos Vocales del CGPJ un documento con sugerencias para la reorganización del trabajo en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, después de vencido el plazo de presentación de solicitudes y documentación. Alega, además, que los vocales que se prestaron a recibir ese documento incurrieron por tal motivo en la causa de abstención consistente en tener interés personal en el asunto (artículo 28.2.a] de la Ley 30/92).

Es cierto que el propio codemandado manifestó en su contestación a la demanda, literalmente, que *"los méritos y capacidad de mi representado estaban incluidos en su curriculum, y además él mismo aportó una serie de sugerencias para la reorganización de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que entregó en mano al cuerpo de electores para demostrar su conocimiento de los problemas más acuciantes (y posibles soluciones) de la Sala, lo que ningún otro candidato hizo"*. Documento este, de ocho páginas, que aquel adjuntó a la contestación y obra en las actuaciones.

Ya en periodo probatorio, el Secretario General del CGPJ, en respuesta al interrogatorio de preguntas formulado por la parte recurrente, ha declarado que ese documento *"no consta en los archivos de la Secretaría General"* ni obra en el expediente formado por la Comisión de Selección para el estudio y elaboración de la correspondiente propuesta en la Comisión de Calificación del día 12 de junio de 2004. Tampoco consta -dice- en las anotaciones del Registro General del CGPJ asiento alguno de presentación del citado documento ni el mismo fue repartido desde la Secretaría General a los Vocales en la sesión plenaria del día 24 de julio de

2004. Ha contestado asimismo el Secretario General que no tiene constancia de si el documento había llegado a manos de los Vocales por entrega directa del Sr. Gómez Bermúdez o por otro medio ni de si esa eventual entrega se produjo antes o después de la finalización del plazo de presentación de instancias. Tampoco hay - concluye en este punto su contestación- resolución alguna del CGPJ admitiéndolo o rechazándolo ni dejando constancia de su presentación, si bien -sic- "*sí recuerdo que algún Vocal me comentó que el candidato Sr. Gómez Bermúdez había elaborado un plan de trabajo para la Sala de lo Penal, pero no se me entregó el documento que lo describiese*".

Así las cosas, puede considerarse acreditado que el codemandado hizo llegar a algunos Vocales del CGPJ (no se sabe cuándo ni a quiénes en concreto) un documento que contenía sugerencias para la reorganización de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con el objeto de realzar su candidatura y lo hizo al margen del procedimiento previsto en la convocatoria de la plaza, pues en ésta se indicaba que los aspirantes podrían acompañar a sus peticiones "*relación circunstanciada de méritos, publicaciones, títulos académicos o profesionales y cuantos otros datos estimen de interés, relativos a su actividad profesional*", sin prever o permitir la posibilidad de aportar cualesquiera datos o documentos en otro momento o de otra forma.

Con todo, no se sigue de este hecho una irregularidad formal o procedimental con trascendencia invalidante de la resolución impugnada, por cuanto que -como resulta de la lectura del acta de la sesión en que se acordó el nombramiento- ese documento y las sugerencias que en él se hacían no fueron tenidos en cuenta por los Vocales del CGPJ, quienes fundaron su preferencia por el Sr. Gómez Bermúdez en otros factores, como singularmente su mayor experiencia jurisdiccional, frente a la del otro aspirante al que había quedado circunscrita la votación (Sr. Garzón), en la labor propia de un órgano colegiado. No hay en ese acta el menor vestigio de toma en consideración del documento ni de las sugerencias contenidas en el mismo ni hay dato alguno que permita colegir que los votos favorables para el Sr. Gómez Bermúdez fueran consecuencia de su valoración.

Por lo demás, el hecho de que el codemandado lo remitiera por iniciativa personal suya a algunos vocales no implica que los destinatarios del mismo

incurrieran por tal razón en la causa de abstención consistente en tener interés personal en el asunto, pues no hay por qué entender que su interés fuese más allá de la aspiración de tener un mejor y más completo conocimiento de las aptitudes de uno de los aspirantes al destino a cubrir.

SEGUNDO.- Afirma también el actor que fueron cuatro las votaciones necesarias para conseguir la mayoría suficiente para que prosperase la propuesta de adjudicación de la plaza en favor del Sr. Gómez Bermúdez, cuando el máximo reglamentariamente permitido es de tres.

Examinado el expediente y las actuaciones, consta acreditado que, efectivamente, en la sesión plenaria del Consejo en que se debatió la adjudicación de la vacante tuvo lugar una primera votación, en la que de todos los aspirantes sólo obtuvieron votos tres candidatos: el Sr. Gómez Bermúdez (diez votos), el Sr. De Prada Solaesa (dos votos), y el Sr. Garzón Real (siete votos). Al no alcanzar ninguno el número suficiente para ser nombrado, se produjeron tres votaciones sucesivas restringidas a los dos que habían obtenido el mayor número de sufragios (Sres. Gómez Bermúdez y Garzón), siendo en la tercera votación cuando el Sr. Gómez Bermúdez obtuvo once votos y, en consecuencia, fue nombrado.

El recurrente entiende que esa última votación no debía haber tenido lugar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, que establece lo siguiente: "*Cuando en las votaciones para la provisión de cargos judiciales u otros cuyo nombramiento compete al Consejo ninguno de los votados alcance la mayoría de los miembros presentes, se celebrará una nueva votación entre los dos que hubieren obtenido mayor número de votos en la primera. Si ninguno de ambos alcanzare la mayoría antes expresada, después de tres votaciones consecutivas, se entenderá denegada la propuesta, que se devolverá al órgano competente para que formule otra nueva. Si la Ley exigiere una mayoría cualificada, el Pleno establecerá los trámites de la votación*". Sostiene el demandante que la celebración de esa última votación, la cuarta en el orden total de las acaecidas, excede del tope máximo de tres que en ese precepto se establece.

El argumento carece de fundamento porque se basa en una hermenéutica errónea del precepto reglamentario.

Lo que el artículo 44 establece es que se producirá una primera votación entre los candidatos presentados y si ninguno de ello obtuviera los votos necesarios para ser nombrado, se producirán nuevas y sucesivas votaciones hasta un máximo de tres. Estas tres votaciones tienen lugar entre los dos candidatos que obtuvieron más sufragios en la primera y por consiguiente el cómputo de tres no toma en consideración esa primera votación. Habiéndose procedido así en el caso examinado, es claro que no se produjo infracción alguna del referido precepto.

TERCERO.- Alega asimismo el recurrente que de la lectura de los preceptos aplicables de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la L.O. 19/2003, resulta con claridad que la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional no está excluida del sistema general de concurso, por mucho que su adjudicación no se resuelva conforme a criterios de antigüedad estricta, toda vez que se trata de un concurso parcialmente reglado, que ha de resolverse en todo caso conforme a criterios de mérito y capacidad. No puede sostenerse en modo alguno -continúa el recurrente su argumentación- que se trate de un nombramiento de libre designación, pues la plaza concernida no está incluida dentro de las mencionadas en el artículo 127 de la Ley Orgánica.

Dicho esto, añade que el nombramiento efectuado en favor del Sr. Gómez Bermúdez carece de la imprescindible motivación referida a los principios constitucionales de mérito y capacidad, tanto en referencia a sus propios méritos profesionales, en sí mismos considerados, como por relación con los méritos del resto de los candidatos que no resultaron adjudicatarios de la plaza convocada.

Nuestra respuesta ordenada a estas alegaciones ha de comenzar por la determinación de la correcta caracterización jurídica del sistema de provisión de la plaza aquí concernida. Hemos de atender, en este sentido, a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su redacción aplicable (dada por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre) establece lo siguiente:

"1. El ascenso y promoción profesional de los jueces y magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos. 2. La provisión de destinos de la Carrera Judicial se hará por concurso, en la forma que determina esta Ley,

salvo los de Presidentes de las Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo".

Artículo este que debe ponerse en relación con el artículo 333 (igualmente reformado por Ley Orgánica 19/2003), donde se dice que:

"1. Las plazas de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional, así como las de Presidente de Sala de los Tribunales Superiores de Justicia, se proveerán, por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados que hubieren prestado 10 años de servicios en esta categoría y ocho en el orden jurisdiccional de que se trate. No obstante, la Presidencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se proveerá entre magistrados con más de 15 años de antigüedad en la carrera que hayan prestado servicios al menos durante 10 años en el orden jurisdiccional penal, prefiriéndose entre ellos a quien ostente la condición de especialista. Las de Presidente de Sección de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales se cubrirán por concurso, que se resolverá de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 330".

Una interpretación conjunta de ambos preceptos permite concluir que la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional presenta un perfil mixto, en cuanto que su cobertura resulta de la apreciación de elementos objetivos y reglados, junto con otros que requieren valoraciones subjetivas y de difícil encaje en módulos o baremos preestablecidos, por más que referidas en todo caso a la idoneidad para el ejercicio de la función y en ningún caso ajenas a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad.

Ciertamente, el aspirante debe reunir los años de servicios requeridos por el artículo 333, tanto en la categoría de Magistrado como en el ejercicio de la función jurisdiccional en el Orden correspondiente. Ambos elementos son reglados y su concurrencia puede contrastarse de forma objetiva. Ahora bien, la designación del adjudicatario de la plaza, entre los candidatos que reúnan esos requisitos objetivos, es fruto de una valoración integral o global del candidato (de sus aptitudes personales, su formación jurídica y su experiencia profesional) no reconducible a criterios previamente baremados, en cuya apreciación no puede negarse al órgano de selección un amplio margen de libertad de apreciación.

Resulta lógica esta caracterización mixta del sistema de cobertura del puesto que nos ocupa, si se tiene en cuenta que la labor de Presidente de una Sala como

la de lo Penal de la Audiencia Nacional conlleva no solo la intensa labor técnico-jurídica propia del ejercicio de la función jurisdiccional en ese puesto, sino también la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, para lo que se requieren aptitudes personales que trascienden de los puros conocimientos técnicos y cuya valoración no puede reflejarse en un baremo, por más que se trate en todo caso de aptitudes siempre referidas a idoneidad para el mejor desempeño del puesto y no a aspectos extraños y ajenos al mismo, como pudieran ser la empatía personal o la afinidad política.

En definitiva, el destino no puede configurarse como un puesto de libre designación en el sentido con que habitualmente se utiliza esta expresión en el ámbito de la función pública ni es un puesto que se cubra mediante concurso:

- No es un puesto de libre designación en la acepción tradicional, pues una característica del sistema de libre designación como forma de provisión de empleos y cargos públicos es la confianza personal de quien hace el nombramiento en favor del nombrado, que conlleva la libertad de cese o remoción del así designado, notas éstas que no resultan predicables en modo alguno del puesto del que tratamos, que, muy al contrario, justamente por estar ligado al ejercicio de la función jurisdiccional, con las notas de profesionalidad, independencia e imparcialidad que le son inherentes, no puede caracterizarse como un puesto de confianza personal y presenta un sistema reforzado de garantías de permanencia en el cargo para su titular, que le salvaguarda de eventuales remociones basadas en criterios de oportunidad y sólo permite el cese en casos estrictamente tasados.

- Pero tampoco es un puesto de concurso, habida cuenta que la valoración última de la idoneidad de los aspirantes es irreductible a un baremo preestablecido.

CUARTO- Avanzando en esta caracterización, no nos ofrece dudas la constatación de la plena legitimidad constitucional de la amplia libertad de apreciación de que goza el Consejo General del Poder Judicial a la hora de efectuar nombramientos como el ahora examinado. Resultan clarificadoras, en este sentido, las afirmaciones contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 de 29 de julio, sobre la naturaleza de este órgano constitucional, en la que, entre otros extremos, se considera:

Primero, que el Consejo se incorporó a la Constitución con la finalidad de procurar una garantía específica de la independencia del Poder Judicial, predicable de todos y cada uno de los Jueces en cuanto ejercen la función jurisdiccional. Por eso, *"las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado"*.

Segundo, que la Constitución obliga, ciertamente, a que doce de sus vocales sean elegidos «entre» jueces y magistrados de todas las categorías, *"mas esta condición tiene como principal finalidad que un número mayoritario de vocales del Consejo tengan criterio propio por experiencia directa sobre los problemas que los titulares de los órganos judiciales afrontan en su quehacer diario"*, de la misma forma que, al asignar los restantes ocho puestos a Abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión, *"se busca que aporten su experiencia personas conocedoras del funcionamiento de la justicia desde otros puntos de vista distintos del de quienes la administran"*.

Tercero, que el Consejo no tiene carácter representativo, en cuanto que no es un órgano de autoorganización de los jueces.

Cuarto, que la finalidad de la norma constitucional al fijar la composición del Consejo es la de asegurar que *"refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y muy en especial, en el seno del Poder Judicial"* y, correlativamente, respecto a éste, las *"distintas corrientes de pensamiento"* existentes en la Carrera Judicial, en el sentido de que el fin perseguido es el de *"asegurar la presencia en el Consejo de las principales actitudes y corrientes de opinión existentes en el conjunto de jueces y magistrados en cuanto tales, es decir, con independencia de cuáles sean sus preferencias políticas como ciudadanos"*.

Logradas estas afirmaciones formales que, cualquiera que haya sido su reflejo material en la realidad, han de constituir nuestro punto jurídico de partida, resulta de ellas y del sistema de nombramiento de los Vocales, -actualmente todos ellos en sede parlamentaria-, así como de su rango de órgano nítidamente

constitucional, el que pueda considerarse de una clara congruencia que el sistema que regula al Poder Judicial reserve al Consejo amplias facultades de decisión para la cobertura de determinados destinos judiciales, entre ellos el de Presidente de la Sala sobre el que debemos pronunciarnos en este proceso, porque no sería fácilmente comprensible que siendo uno de los fines de los constituyentes al erigir tan complejo órgano constitucional el de asegurar la independencia en el nombramiento de los jueces y magistrados, se le hubiese limitado a convertirse en una mera Comisión calificadora de automática y objetivada computación de méritos, excluyéndole de hacer valoraciones de conveniencia institucional, a él confiadas precisamente por razón de su origen, rango y compleja composición, si bien precisamente los argumentos dados en este sentido por la citada sentencia del Tribunal Constitucional impedirán aceptar 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 jurisdiccional.

QUINTO.- Afirmada la naturaleza del órgano y los rasgos fundamentales que de él predica la jurisprudencia constitucional, de los que emanan unas potestades constitucionales básicas y un límite a las mismas implícito en la función de cubrir la independencia del Poder Judicial que constituye su razón sustancial de ser, aparece también en la Constitución un dato que marca, en materia de nombramientos, un elemento de limitación de sus poderes, incluso en el caso de ejercicio de sus facultades de libre apreciación para la provisión y cobertura de determinados destinos entre los jueces y magistrados previamente delimitados por la Ley en función de un determinado número de años de servicio. Este dato y calificación constitucionales son los contenidos en el artículo 122.1 de la Constitución.

Cuando el artículo 122.1 C.E. establece que "*la ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único*", está recogiendo todas las notas rectoras de un sistema de carrera, entendido como un "*cursus honorum*" en el que se desarrolla una progresión profesional vertebrada en torno a tres conceptos: el estatuto, el Cuerpo y la carrera. Progresión o promoción profesional que está igualmente vinculada a los principios

constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que resultan proyectables sin reservas sobre los cargos judiciales, como ha destacado 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 artículo 122.1, donde -dice el TC- *"la Carrera Judicial se concibe como un Cuerpo único de Jueces y Magistrados profesionales"*.

Parece en este sentido evidente que al optar el Constituyente por una organización judicial vertebrada conforme a un sistema de carrera -siguiendo la experiencia tradicional en España desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870- lo hizo por entender que así quedaría máximamente garantizada la nota esencial y definitoria del ejercicio de la función jurisdiccional, que la diferencia cualitativamente de otras funciones públicas, cual es el ejercicio de un Poder del Estado, el "Poder Judicial", presidido por los principios de independencia, inamovilidad y sometimiento único al imperio de la Ley (art. 117.1 CE). Principios que suponen e implican consecuencias relevantes en la definición del estatuto de los jueces y magistrados, toda vez que al marcar un salto cualitativo respecto del genérico deber de imparcialidad de los funcionarios públicos a que se refiere art. 103 CE, imponen una regulación estatutaria esencialmente diferenciada del régimen general de los funcionarios públicos. La configuración de la Carrera Judicial como una peculiar carrera profesional, en el sentido singular y diferenciado que se ha expuesto, se revela, pues, no como una cuestión inadvertida o intrascendente, sino como una opción decidida y plenamente consciente de la Constitución, con la finalidad de apurar las garantías de la independencia que está en la base de la actividad jurisdiccional.

A su vez, dentro del que hemos llamado "cursus 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 por eso 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; y, segundo, aquellos nombramientos o destinos que, sin suponer cambios en la categoría, impliquen también el ejercicio de actividades de dirección en las que están comprometidas otras aptitudes que la compleja composición del Consejo tiene -insistimos- un amplio margen de libertad para apreciar y valorar, en

aplicación de su propia experiencia acerca de las ventajas o inconvenientes sobre la realidad institucional del sistema, aunque todo ello con referencia a criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad, idea que el propio legislador se ha ocupado de hacer explícita en la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que con relación a los nombramientos de designación discrecional de más alto nivel, ordena que "el Pleno del Consejo General del Poder Judicial velará, en todo caso, por el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad".

En definitiva, esta configuración constitucional del Consejo General del Poder Judicial y del cuerpo único de jueces y magistrados de carrera, como piedras angulares sobre las que se construye la arquitectura constitucional del Poder Judicial, tiene el claro propósito de reforzar las notas de profesionalidad, independencia y sometimiento único al imperio de la Ley que definen el ejercicio de la jurisdicción, como medio para la mejor garantía, salvaguardia y eficaz satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

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 predeterminados, 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.

Corolario de cuanto se ha expuesto es que no podemos acoger las alegaciones del Abogado del Estado, cuando señala que provisiones como la aquí concernida se caracterizan por un elemento de confianza. Hemos de superar, en este sentido, las consideraciones expuestas en la STS de 30 de noviembre de 1999, donde se apuntaba a la validez y suficiencia de criterios de confianza para la provisión de la plaza de Presidente de una Audiencia Provincial. Esa confianza no puede entenderse basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica, sino en razones exclusivas de aptitud profesional para el desempeño del puesto concernido, que podrán tener en cuenta, por supuesto, no sólo la formación y experiencia técnico-jurídica, sino también la aptitud personal para la labor de dirección y gestión inherente a la Presidencia de un órgano jurisdiccional colegiado, pero que en todo caso deberán ser explicables y

asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad.

Estas consideraciones que acabamos de exponer son plenamente extensibles a la provisión del puesto que nos ocupa. El hecho de que esta plaza se sitúe en un elevado nivel de la organización judicial y a través de ella se realicen funciones de dirección y gestión de la Sala, junto con las propiamente jurisdiccionales, permite y justifica un amplio margen de valoración discrecional de las aptitudes personales de los aspirantes, pero esa discrecionalidad no puede ser la propia o típica de los criterios habituales de provisión de los puestos directivos situados en los niveles superiores de la Administración Pública, marcados por las notas de la confianza personal y la empatía con el ámbito de la decisión política. Una discrecionalidad así entendida puede ser -con todos los matices y salvedades que se quieran- asumible en el seno de una organización burocrática en la que el deber de imparcialidad ha de cohererse con los principios de jerarquía, autoridad y dirección política (cfr. art. 97 CE), pero resulta de imposible traslación a la provisión de vacantes jurisdiccionales, más todavía a las que conllevan esa labor de dirección de un órgano jurisdiccional colegiado, en las que -parafraseando lo dicho en reiteradas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Constitucional- incluso las apariencias pueden ser importantes, cuando lo que está en juego es la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos.

SEXTO.- Admitida, pues, con los matices expresados la potestad de libre apreciación y valoración, precisamente por eso, 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 controladas 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 (artículo 70-2 de la Ley de la Jurisdicción), la interdicción de los actos arbitrarios (artículo 9 de la Constitución) y los que incidan en una argumentación ajena a los criterios de mérito y capacidad, entendido el primero en el sentido de valores ya acontecidos y acreditados en el curriculum del candidato y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido.

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 estas 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"*.

Ambas normas atribuyen a la Comisión importantes facultades para procurar y suministrar al Pleno la información adecuada a fin de que este pueda realizar su labor con las mayores garantías de acierto. Así, el artículo 136 LOPJ dispone que *"para la adecuada formación de los criterios de calificación de los Jueces y Magistrados, la Comisión podrá recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial y, en todo caso, recibirá un informe anual elaborado por las correspondientes Salas de Gobierno de los órganos jurisdiccionales a que aquéllos*

estuviesen adscritos que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados"; y el artículo 73 del reglamento añade que "además de atenerse a lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 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".

Esta información, recabada, sistematizada y analizada por la Comisión, debe llegar a conocimiento del Pleno en los términos establecidos por el artículo 74 del reglamento, a cuyo tenor *"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 podrán 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".*

Debemos retener el dato de que la Comisión de Calificación no limita su actuación a elaborar una simple relación de candidatos seleccionados de entre todos los presentados, sino que, más aún, ha de añadir a su propuesta un informe razonado sobre las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos en su inicial relación o posteriormente añadidos. Lógicamente, ese informe debe hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios.

La emisión de este informe se erige como un elemento esencial del procedimiento de adjudicación de la plaza, puesto que es a través del mismo como los miembros del Pleno adquieren los principales datos precisos para formar su propio criterio y orientar de forma libre y responsable el sentido de su voto. Obviamente, la mera remisión de una relación ordenada de aspirantes, huérfana de esa información añadida, mal puede cumplir la relevante misión de suministrar

información completa, razonada y coherente sobre las aptitudes y méritos de los aspirantes propuestos para el puesto concernido. Por añadidura, 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 contrastar tanto la debida observancia del trámite como la posible existencia de un uso arbitrario o desviado de la potestad. Hemos de insistir, en este punto, en que no se trata de coartar la libertad de apreciación de los miembros del Pleno ni de imponerles el sentido de su decisión, menos aún de sustituirles en ella, sino de comprobar y constatar que la misma se adoptó con respeto al procedimiento establecido y por ende con plenitud de conocimiento y de forma respetuosa con el elemento teleológico de la potestad que tienen atribuida.

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 y 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.

SÉPTIMO.- Descendiendo, sobre la base de lo expuesto, al caso examinado, consta al folio 151 del expediente que, siendo nueve los magistrados solicitantes de la plaza, la Comisión de Calificación del CGP, en reunión celebrada el día 12 de julio de 2004. acordó, literalmente, lo siguiente: "*elegir al Pleno, para la provisión de la vacante de Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a la vista de los méritos y trayectoria profesional de los solicitantes, después de amplio debate, la terna de Magistrados que seguidamente se expresa, acordada por orden alfabético y mayoría: Garzón Real, Baltasar.- Gómez Bermúdez, Salvador Francisco Javier.- Guevara Marcos, Félix Alonso*". Al folio 154 consta que el día 14 de julio siguiente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas, Vicepresidente del CGPJ, al amparo del artículo 74 del reglamento, solicitó a la Comisión de Calificación que incluyera en la relación de candidatos a los Ilmos. Sres. D. José Ricardo de Prada Solaesa, D. Baltasar Garzón Real y D. Santiago Juan Pedraz Gómez. No constando, a continuación, cualesquiera otros trámites, el día 21 de julio de 2004 se celebró la sesión plenaria en la que se acordó el nombramiento del Sr. Gómez Bermúdez, habiéndose unido al expediente, *in fine*, el acta de dicha sesión, en la que no existe ninguna referencia a la información que necesariamente debía aportarse a los Vocales por parte de la Comisión de calificación.

Así las cosas, ni en la propuesta elevada al Pleno por la Comisión de Calificación ni en el acta de la sesión plenaria posterior ni en ningún otro documento incorporado al expediente existe dato alguno que refleje el cumplimiento de esa trascendental función que corresponde a la Comisión de Calificación de razonar de forma circunstanciada su propuesta, siendo esta una irregularidad procedimental que no puede entenderse salvada por el propio contenido del acta de la sesión, pues

tampoco de ella cabe extraer una motivación consistente que, primero, permita concluir que aun así el Pleno del CGPJ manejó y valoró todos los elementos necesarios para formar su criterio con plenitud de conocimiento, y segundo, que haga jurídicamente asequibles las razones por las que se tomó la decisión de adjudicar la plaza al Ilmo. Sr. Gómez Bermúdez frente al resto de los aspirantes.

Ciertamente, llega un momento en que uno de los Vocales hace aflorar como argumento definitivo el hecho de que de los dos últimos candidatos votados, la mayor experiencia de uno de ellos frente al otro en la labor de un órgano colegiado y en la propia Sala cuya Presidencia se discernía, debía ser la final "ratio decidendi". El manejo de este argumento resulta plenamente legítimo en cuanto se refiere a los méritos y aptitudes necesarios para el mejor desempeño de la plaza contemplada, pero por sí solo pierde vigor si se tiene en cuenta que había otros aspirantes a la plaza con al menos similar cuando no mayor experiencia en tales labores, no habiendo un informe razonado de la Comisión de la Calificación ni otros datos resultantes de la misma acta de la sesión plenaria que aporten elementos de juicio que exterioricen la racionalidad de la decisión dentro del amplio margen de libertad de apreciación que le es propia.

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).

OCTAVO.- Cuanto acabamos de señalar conlleva (sin necesidad de analizar el resto de los argumentos impugnatorios esgrimidos por la parte recurrente) la estimación del presente recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución que es objeto de este proceso, si bien, dada la naturaleza formal o procedimental de los vicios apreciados, no ha de producir una anulación de la totalidad del procedimiento, sino la retroacción de actuaciones administrativas en el expediente de su razón, a fin de que se cumpla el trámite omitido de informe de la Comisión de Calificación y luego se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución motivada.

NOVENO.- No apreciamos razones para un especial pronunciamiento sobre la imposición de las costas del proceso.

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución,

F A L L A M O S

Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada Solaesa contra el Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio (BOE 8 de septiembre de 2004), por el que nombra Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al Ilmo. Sr. D. Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez, que anulamos en los términos y condiciones descritos en el fundamento octavo. No hacemos un especial pronunciamiento sobre las costas del proceso.

Así por esta nuestra sentencia, 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. Mariano Baena del Alcázar

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Antonio Martí García

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Montalvo

D. Óscar González González

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Menéndez

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. Agustín Puente Prieto

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. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a Margarita Robles Fernández

D. Emilio Frías Ponce

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS DON ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, DON AGUSTIN PUENTE PRIETO, DON JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ Y DON EMILIO FRÍAS PONCE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO NÚM. 309/2004.

Discrepamos con todo respeto del parecer mayoritario, pues creemos que en el presente caso se ha cumplido con el deber de motivación que el artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los Órganos del Consejo, y la falta de informe de la Comisión de Calificación, en que la sentencia basa la estimación del recurso, sólo tiene el valor de una irregularidad no invalidante, por lo que el recurso debió ser desestimado.

PRIMERO.- No parece que quepa cuestionar que el nombramiento de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional constituye un supuesto de designación discrecional; así resulta de una interpretación conjunta de los artículos 326.2 y 333.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se ratifica en el artículo 189 y siguientes del Reglamento 1/1.995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial que incluyen las vacantes de Presidentes de Sala de la Audiencia Nacional entre las que han de cubrirse por el procedimiento de nombramiento discrecional y no por concurso reglado a que se refiere el Capítulo II del Título X.

Así definida la naturaleza del acto de nombramiento, ante todo debe ponerse de manifiesto que en esta sentencia se produce un cambio radical respecto a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, en torno a la motivación de los nombramientos discrecionales.

La sentencia de 30 de Noviembre de 1999, recurso núm. 449/1997, en el que se impugnaba el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 9 de Abril de 1997, (Real Decreto 605/97, de 18 de Abril), por el que se nombraba Presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra, es bien expresiva al respecto al sentar que, cumplidos los elementos reglados a que se sujeta la designación, la discrecionalidad ofrece peculiaridades y singularidades en orden a la motivación, que merecen un tratamiento particularizado.

Concretamente, en el fundamento de derecho quinto, declara que:

"En definitiva, de los arts. 127,3 y 337 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial, con claridad se desprende que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ostenta competencia para formular propuestas de nombramiento de los Presidentes de las Audiencias Provinciales cumpliendo las exigencias legales requeridas que aquí concurrían en todos los Magistrados a que se refiere la Asociación recurrente, pero ni en los mencionados preceptos, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración o de calificación de los méritos que, en su caso, invoquen o acrediten los solicitantes al modo de lo que, en general, se establece con relación a otros procedimientos selectivos, por lo que, obviamente, resulta, por un lado, que la libre designación o el nombramiento discrecional sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el Organismo de Gobierno competente para formular la propuesta puede apreciar libremente sin estar sometida al requisito formal de la motivación o, dicho de otro modo, sin necesitar que su voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a una determinada persona, y, por otra parte, que, como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podría ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de la motivación (sentencias de esta Sala de 10 de Enero y de 11 de Enero de 1.997), innecesaria, por tanto, en tal supuesto, y, por lógica, no determinante, su ausencia, de vicio de anulabilidad, presupuesta la indiscutible constitucionalidad de los preceptos de referencia por corresponder al Consejo General del Poder Judicial las atribuciones que, en materia de nombramientos, entre otras, señala el art. 122, 2 de la Constitución, como Organismo de Gobierno de aquél"; agregándose en el Fundamento Sexto:

"Desde otro punto de vista ha de ponerse de manifiesto que tal ejercicio de la discrecionalidad, con las peculiaridades expresadas, corresponde aquí a un Organismo Colegiado, no a una persona singular, y que es dicho Organismo el que emite una propuesta de nombramiento como expresión de una voluntad conjunta del mismo a través de un sistema de votaciones que reflejan un criterio mayoritario, en los términos exigidos, salvo supuestos tal vez no frecuentes de unanimidad, sin que sea posible, ni necesaria, una motivación expresa y pormenorizada de cada uno de sus componentes, y que, en definitiva, tampoco serviría a efectos de una revisión jurisdiccional, razón de ser, como se indicó, de la motivación, so pena de poder convertir a esta Sala en órgano con competencias para formular propuestas con apoyo en cuál fuera la motivación más "razonable" y con las posibilidades inherentes de realizar nuevas votaciones por parte de los componentes de la Sala, en contra de las funciones esencialmente revisoras que le incumben con límites claramente trazados, lo que impide que la denunciada ausencia de motivación determine las consecuencias anulatorias pretendidas, como se explicó con similares argumentos en la sentencia de esta Sala de 9 de Diciembre de 1.997, aunque también cabe invocar que en los actos discrecionales de las características del impugnado, la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional es el verdadero fundamento o motivación de aquél."

En la misma línea se encuentran las sentencias de 12 de Diciembre de 2000, 14 y 20 de Octubre de 2003 y 20 de Octubre de 2004, en relación con nombramientos de Fiscales del Tribunal Supremo, atribuidos al Gobierno.

En la última de las sentencias citadas, esto es, en la de 20 de Octubre de 2004, recurso ordinario 52/2002 se señala que:

"a) En las aludidas sentencias se ha reflejado con claridad el criterio que del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/81, de 30 de Diciembre) y en concreto de sus artículos 13, 14, 34, 35, 36 y 38, se desprende que, en cuanto a la regulación establecida para el nombramiento en lo que atañe al cargo o destino que se trata, tal cargo requiere la específica capacidad que, según la Ley, resulta de la pertenencia a la categoría segunda de la Carrera Fiscal -Fiscal equiparado a Magistrado- y de contar con quince años de servicio en la Carrera, exigiéndose un informe previo del Consejo Fiscal y una propuesta de nombramiento que el Fiscal General del Estado ha de elevar al Gobierno, a quien le está reconocida la competencia para realizarlo por medio de Real Decreto.

b) Existe una regulación legal específica que, según la sentencia de esta Sala de 12 de Diciembre de 2000, determina la improcedencia de aplicar lo establecido en el artículo 54,1,f) de la Ley 30/92, precepto invocado por la parte recurrente como determinante de que su inaplicación ocasione la nulidad del acto del nombramiento aquí impugnado y de que se ordene a la Administración que dicte nueva resolución debidamente motivada, al entender que dicho nombramiento responde a una competencia reconocida por la Ley al Gobierno para que desarrolle la libertad de apreciación sin que a éste se le imponga la exigencia formal de la motivación, aunque sí concurre el límite genérico de interdicción de la arbitrariedad por mandato constitucional, pues como ya reconocieran las precedentes sentencias de esta Sala y Sección de 4 de noviembre de 1993 y 25 de marzo de 1995, la simple expresión de tal facultad le exonera de exteriorizar las razones de tal designación, dentro del marco del procedimiento de carácter selectivo.

c) En la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1999, se recogían, con cita de otras sentencias, una serie de consideraciones en torno a la necesidad de motivación de determinados actos administrativos, entre ellos los que se dictan en el ejercicio de potestades discrecionales, a tenor del artículo 54, 1, f) de la Ley 30/92, como exigencia derivada de la triple finalidad de posibilitar un control indirecto por parte de la opinión pública que, ante su falta, podría entenderlo como producto de un voluntarismo autoritario improcedente, de constituir un elemento interpretativo de gran valor y de permitir un control jurisdiccional del acto, al margen de implicar el sano ejercicio de una elegante cortesía, pero, en la misma sentencia, se explicaba que connotaciones específicas determinaban que, en casos como el de autos, cumplidos los elementos reglados a que se sujeta el nombramiento, esa discrecionalidad ofrecía peculiaridades y singularidades en orden a la motivación, que merecían un tratamiento particularizado, que no puede, en principio, ser jurisdiccionalmente revisado ni fiscalizado, según Sentencias de esta Sala de 10 y 11 de Enero de 1997, motivación innecesaria, por tanto, en dichos supuestos, máxime

cuando, como aquí el Ministerio Fiscal no funciona como órgano de la Administración Pública.

d) También en dichas Sentencias se explicaba que, en lo que atañe a tal clase de nombramientos, sólo puede apreciar la Autoridad u Órgano que efectúa el nombramiento con respecto al aspirante la concurrencia de las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que se persiguen, siempre respetando los requisitos reglados que se exijan, argumentos que se refuerzan aquí, por cuanto que el Consejo de Ministros sí aceptó la propuesta del Fiscal General del Estado, mientras que algunas sentencias contemplaban casos de no aceptación de la propuesta, en cuanto a que su capacidad, valores y circunstancias son acordes con relación al cometido y funciones que van a corresponderle en el ejercicio de su cargo, siempre bajo la orientación de que así se satisfarán mejor los bienes e intereses públicos en juego, significando, por tanto, el nombramiento, que implica selección, una motivación suficiente, lo que excluye la pretendida anulación del acto por falta de esa motivación que subraya la parte recurrente."

Cabría matizar, sobre todo, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000, de 5 de Octubre, que la nota de confianza que caracteriza la libre designación, o libre apreciación, como ocurre en este caso, debe ser referida exclusivamente a la aptitud e idoneidad del candidato.

La sentencia de que discrepamos parte, a nuestro juicio, de una errónea identificación del nombramiento discrecional -o de libre designación- como nombramiento de confianza, entendido éste como determinado por la empatía personal o la afinidad política, en palabras literales de la opinión mayoritaria (Fundamento de Derecho Tercero), considerando que éstos son los caracteres definitorios del nombramiento discrecional, o de la libre designación, en la función pública y no resultan trasladables a los de esa naturaleza en el ámbito judicial.

El erróneo punto de partida consiste en olvidar que tanto en el ámbito judicial como en el de la función pública administrativa los elementos determinantes, siempre, para cualquier nombramiento, son el mérito y la capacidad. Así lo exigen los artículos 301 -para el ingreso en la carrera judicial- y 326 -para el ascenso y promoción- de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el artículo 103.3 de la Constitución, respectivamente.

Por eso la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 2.000 antes citada afirma que el sistema de libre designación, no comporta que los "principios de mérito y capacidad queden exclusivamente constreñidos al ámbito del concurso, en la medida en que (y con independencia, como ahora se dirá, de que cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya ostentan la condición de funcionarios operen otros bienes y valores distintos de los que aquellos principios incorporan) la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el

fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa, con la consecuencia, en todo caso, de la eventual apreciación, con ocasión del oportuno control judicial ex art. 106.1 CE, del vicio de desviación de poder de constatarse una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad". En ella se añade que "sin perjuicio de la entrada en juego de los principios de mérito y capacidad ..., la libre designación, que, en definitiva, y según se dirá más abajo, no significa sino la mera puesta a disposición del órgano decisor de un cierto margen de valoración a la hora de apreciar las aptitudes de los candidatos para desempeñar un determinado puesto de trabajo" y que "ninguna quiebra, por tanto, de los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) en relación con el de igualdad (art. 23.2 CE) ... puede achacarse a la regulación ... del sistema la libre designación como mecanismo de provisión de puestos de trabajo, que no de acceso a la función pública".

Dicha sentencia concluye que la finalidad a que sirven tanto el concurso como la libre designación "es la misma: la atribución, de acuerdo con la lógica de cada procedimiento, de determinados puestos de trabajo a aquellos funcionarios en quienes concurren, desde la óptica de los principios de mérito y capacidad, la cualificación e idoneidad precisas para el mejor y más correcto desempeño de las funciones anudadas a cada puesto. Que la adjudicación sea en el caso del concurso la consecuencia de la baremación, más o menos automática, de los méritos aportados, según lo dispuesto en la oportuna convocatoria, en tanto que en el sistema de libre designación se produzca como resultado de la apreciación (dotada, como es obvio, de una evidente connotación de discrecionalidad o, si se prefiere, de un cierto margen de libertad) que el órgano decisor se haya forjado a la vista del historial profesional de los candidatos o aspirantes, es indiferente desde la perspectiva del genérico estatuto funcional de la persona que finalmente resulte adjudicataria del puesto en cuestión. No nos hallamos aquí en presencia de nombramientos para cargos políticos, caracterizados por la libérrima decisión de quien sea competente para efectuar el nombramiento; ni ante la designación de personal eventual, cualificado, según el art. 20.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1984, por la "confianza o asesoramiento especial" de las funciones que pueden encomendarsele. La confianza que, en este sentido, puede predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puestos de trabajo, es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos esgrimidos, esto es, en su historial funcional".

SEGUNDO.- Por otra parte, se ha de insistir en las dificultades que entraña el cumplimiento del requisito de motivación en actos de órganos colegiados de la naturaleza del que se enjuicia en el presente caso, máxime cuando el acuerdo se adopta por el procedimiento de votación secreta, que está establecido según el art. 43 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo para el nombramiento de cargos o destinos y en los casos en que así lo decida el Pleno del Consejo.

En primer lugar se trata de decisiones que se toman por mayoría de votos en las que, aunque haya concurrencia en el sentido de la decisión de los que se inclinaron en su favor, puede que cada uno de los votantes llegue a ella por diversos caminos y con distintos fundamentos, teniendo en cuenta una circunstancia entre otras muchas de la más variada índole, que aunque no contrapuestas permiten obtener la misma conclusión.

En segundo término, la emisión de los votos es, como se ha dicho, por el procedimiento secreto, lo que impide conocer, en el momento de redactarse el acuerdo cuál fue el sentido del voto de cada uno de los miembros, que puede ser incluso contrario al parecer que dejó traslucir en la deliberación.

A lo anterior se debe añadir la dificultad que supone que, en supuestos como el presente, se ha de nombrar a un candidato no sólo en función de méritos objetivamente apreciables, como pudieran ser la antigüedad, número de sentencias, publicaciones, etc., en los que no es posible desviarse de lo realmente poseído por los aspirantes, sino que además han de valorarse otras circunstancias en concurrencia con aquéllas, en cuya apreciación interviene un elemento de subjetividad que pertenece al libre discernimiento de los miembros del órgano corporativo, que no puede ser coartada ni tasada, y que puede moverse dentro de amplios márgenes, cuyo límite más definido es la arbitrariedad.

Partiendo de estas circunstancias, todas ellas concurrentes en el supuesto actual, cabría formularse la pregunta de cómo se realiza en estos casos la motivación del acuerdo. Resultaría de un rigorismo extremado imponer en todos los supuestos una motivación exhaustiva y concluyente de la formación de la voluntad del órgano expresada a través de sus miembros, pues en la mayoría de los casos, salvo que haya unanimidad, la motivación no recogería la verdadera razón o fundamento que determinó a cada uno de ellos a pronunciarse en un sentido o en otro, y únicamente cabría, mediante presunciones del redactor del acuerdo, obtener hipótesis más o menos aventuradas, de cuál fue la causa de la decisión, ya que no estamos en presencia de actos reglados en el que se trata de aplicar automáticamente un precepto legal.

Y si resulta labor prácticamente imposible recoger una motivación uniforme que exprese y aglutine las subjetivas valoraciones de cada vocal sobre la valoración de cada candidato, tampoco se advierte dónde ha de recogerse esa motivación, pues ni la opinión o informe de la Comisión de Calificación es vinculante y se emite a priori, antes de la deliberación, y ésta tiene carácter reservado y puede no recoger la justificación y valoración de cada vocal, que puede incluso cambiar posteriormente su voto, ni parece lugar apropiado para recoger esa motivación el Real Decreto de nombramiento.

TERCERO.- En todo caso, en el supuesto de autos, existen en el expediente suficientes datos que nos permiten llegar al conocimiento de cuál fue el fundamento de la decisión.

Ya, en primer lugar, el informe que emite la Comisión de Calificación, por mayoría, contiene una sucinta motivación al referirse a la trayectoria y mérito profesional de los solicitantes, lo que determina que con base en estos méritos proponga una terna de la que, por cierto, está excluido el recurrente. Aunque este informe no es, como fuera de desear, lo suficientemente expresivo, sí al menos contiene unos datos que permiten concluir que de los candidatos al cargo los tres que se señalan son los que se consideran más cualificados e idóneos frente a los demás. No obstante, dos vocales manifestaron su voluntad de que constase en acta su voto a favor de los Sres. Garzón Real, Pedraz Gómez y Prada Solaeza.

En un momento posterior, ya en el Pleno del Consejo, se plantea el debate sólo en torno a dos candidatos: Sr. Bermúdez y Sr. Garzón, poniéndose de relieve los méritos de ambos en opiniones encontradas, pues mientras que unos defienden la relevancia del trabajo del primero, al compaginar lo que efectúa en la Sala con lo que realiza simultáneamente en otros destinos, otros se decantan por el segundo, en atención a su prestigio que ha trascendido nuestras fronteras, experiencia docente, premios obtenidos, doctor honoris causa en doce universidades, instrucción de sumarios complejos. Sin embargo, como notas negativas de éste se ponen de relieve su desconocimiento de la Sala a la que aspira, el llevar años sin dictar sentencias, y la falta de experiencia en órganos colegiados.

Sometida a votación la propuesta por el procedimiento del voto secreto entre los veinte vocales presentes, el Sr. Bermúdez obtiene 10, el Sr. Garzón 7, el Sr. de Prada Solaeza-actual recurrente-2, y un voto en blanco. No siendo esta mayoría suficiente para el nombramiento, se procede a sucesivas votaciones entre los dos más votados, llegándose al resultado final de 11 el Sr. Bermúdez y 8 el Sr. Garzón y un voto en blanco, mayoría ya suficiente para que el primero fuere designado para el cargo.

No es posible substraerse a estos datos, pues de ello resulta con claridad, que se ha dado preferencia a la experiencia en órganos colegiados, y a la capacidad de trabajo por la simultaneidad de funciones en otros destinos. Ni siquiera la propia Sala ha podido evitar así reconocerlo cuando en su fundamento jurídico primero de la sentencia indica que los Vocales "fundaron su preferencia por el Sr. Gómez Bermúdez en otros factores, como singularmente su mayor experiencia jurisdiccional, frente a la del otro aspirante al que había quedado circunscrita la votación (Sr. Garzón), en la labor propia de un órgano colegiado".

A partir de este exámen podrá criticarse el nombramiento, pero lo que desde luego no cabe señalar es que se desconoce cuál fue la causa determinante del mismo: experiencia en órganos colegiados y simultaneidad de funciones judiciales. Esta crítica podrá hacerse con pleno conocimiento de causa por parte de los que no han sido designados, y de hecho así ha sido por parte del recurrente, pero de lo que no puede tacharse al acto es de falta de motivación, y de que la designación ha sido arbitraria, ya que al tratarse de un cargo como el de la Presidencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la experiencia en el dictado de sentencia junto a la capacidad de trabajo son indudablemente notas que han de ser tenidas en cuenta en la persona que haya de realizar esa función.

CUARTO.- Es cierto que el artículo 74 del Reglamento 1/86, de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, exige que la Comisión de Calificación informe al Pleno de las circunstancias que concurren en los candidatos. En el caso presente ya hemos adelantado que sólo existe un informe de la Comisión. Podrá tachársele de excesivamente genérico y que lo dió en un momento anterior al que se prevé en dicho precepto, pero lo cierto es que ha examinado los méritos y trayectoria profesional de los solicitantes, y a la vista de los mismos descarta a unos y propone a los tres que considera más idóneos.

Existiendo el informe, aunque sea en fase inadecuada e insuficiente, sería un formalismo excesivo retrotraer las actuaciones para que nuevamente se emita, aunque sea de forma más detallada, si los componentes del Pleno estuvieron suficientemente ilustrados sobre las condiciones de los aspirantes, y pudieron deliberar sobre sus méritos y capacidades con total conocimiento. Debe tenerse presente que los miembros del órgano informante-Comisión de Calificación-, también forman parte del Pleno, por lo que difícilmente podría decirse que sus integrantes desconocieran la opinión de aquél.

Esta Sala ya ha señalado que el principio de economía procesal trata de evitar la reproducción de actuaciones que no variarían el resultado del acuerdo, siempre que no causen indefensión. Debe tenerse presente que de los aspirantes al cargo se han aquietado con la resolución todos ellos menos uno que es el que interpuso el recurso, que ya fue excluido de la terna por la Comisión de Calificación, y que en las votaciones del Pleno sólo obtuvo dos votos de los veinte que lo componían.

Por todas estas razones nos encontraríamos en presencia de una irregularidad no invalidante que no afecta a la validez del acto impugnado.

En cualquier caso, se trata de una cuestión nueva no alegada por las partes en sus escritos, por lo que hubiera sido preciso ponérsela de manifiesto, conforme establece el art. 33.2 de la Ley Jurisdiccional.

QUINTO.- La última cuestión planteada por el recurrente, y a la que hemos de dar respuesta, ante la desestimación de la falta de motivación suficiente que se denuncia, es la de sí el Acuerdo impugnado incurre en el vicio de desviación de poder, que se fundamenta en la alegación de ser el nombrado el menos indicado o de los menos indicados o idóneos de entre los aspirantes al ocupar la 7ª posición entre 9 candidatos en cuarto puesto en el escalafón, y no haber sido titular en la Sala de lo Penal, frente a cinco de los otros ocho candidatos restantes que sí lo eran.

Según el recurrente "la finalidad del cargo de Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es servir al Estado de derecho bajo una estricta e indiscutible independencia judicial, nunca puede ser un premio a la adhesión política, ni responder a finalidades ocultas y espúreas ajenas a la búsqueda de la mayor capacidad y mérito del candidato para el ejercicio del cargo judicial, ni menos que sea el candidato que por su peor condición relativa, en términos de mérito y

capacidad, en relación con otros candidatos, quede en efecto a la merced y alcance de la influencia de los terceros que le han favorecido inmerecidamente con su nombramiento."

Sin embargo, para la apreciación de la desviación de poder es necesario conseguir, al menos mediante presunciones, la demostración de que las motivaciones del acto fueron ajenas al interés público y que se dictó con olvido de que la actividad administrativa debe estar inspirada en los fines que la justifican, sin que baste meras sospechas del demandante, y menos cuando éstas son extraídas de una simple valoración subjetivas de los méritos del nombrado en relación con los demás aspirantes, siendo cierto que en el supuesto que nos ocupa no existe dato de hecho alguno para la apreciación del vicio que se denuncia.

En atención a las razones expuestas, entendemos que procedía la desestimación del recurso interpuesto.

Madrid, a 29 de Mayo de 2006.

D. Oscar González González

D. Agustín Puente Prieto

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. Emilio Frias Ponce

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia juntamente con el voto particular por el Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres, Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de su fecha. Lo que certifico.