

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
PLENO
SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 29/05/2006

REC.ORDINARIO(c/a)

Recurso Núm.: 137/2005

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Votación: 24/05/2006

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

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

Escrito por: MAS

Acuerdo del Pleno del CGPJ de 23 de febrero de 2005

Num.: 137/2005

Votación: 24/05/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Sieira Míguez

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. Francisco Trujillo Mamely
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 el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso administrativo num. 137/2005, , interpuesto por la representación procesal del Parlamento Vasco, contra la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero de 2005. Siendo parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en la representación que ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 20 de mayo de 2005 el Procurador de los Tribunales D. Pedro Rodríguez, en nombre y representación del Parlamento Vasco, interpuso recurso contencioso administrativo contra resolución 23 de febrero de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en la que se acuerda la devolución de la terna propuesta por el Parlamento Vasco, (a fin de que formule una nueva), para cubrir la vacante correspondiente al turno de juristas (artículo 330.3 párrafo primero, de la LOPJ), producida en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior del País Vasco.

SEGUNDO.- Por el Presidente de la Sala y conforme a lo dispuesto en el artículo 197 de la L.O.P.J. se acuerda pasar a ser conocido por el Pleno de este

Tribunal, designándose Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Miguez.

TERCERO.- Por providencia de 24 de mayo de 2005 se admite a tramite el recurso requiriéndose a la Administración para la remisión del expediente administrativo, llevándose a cabo según consta en autos.

CUARTO.- Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo el 14 de julio de 2005, la representación procesal del Parlamento Vasco, formalizó el tramite conferido, expresando los motivos en que se ampara y solicitando a la Sala estime el recurso declarando no ser conforme a derecho la resolución administrativa impugnada.

QUINTO.- La parte recurrida efectuó el tramite conferido por escrito en el que tras alegar cuanto estimó pertinente a su derecho terminó suplicando a la Sala dictar sentencia desestimando el presente recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- Acordándose sustanciar este pleito por conclusiones sucintas, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días cumplimentándolos con sus respectivos escritos en los que tras alegar lo que estimaron conveniente, terminaron dando por reproducidas las súplicas de demanda y contestación.

SEPTIMO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia el día VEINTITRES DE FEBRERO DE DOS MIL SEIS, suspendiéndose por necesidades del servicio mediante Providencia de la Sala señalándose en su lugar para el día VEINTICUATRO DE MAYO DE DOS MIL SEIS, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento. Se abstuvo el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Martín Timón.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial y de 23 de febrero de 2005 por el que se acuerda la devolución al Parlamento Vasco de la terna propuesta para cubrir vacante correspondiente al turno de juristas del artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

El Acuerdo dice: "*Sometida a votación la terna de candidatos propuesta por el Parlamento Vasco para cubrir la vacante correspondiente al turno de juristas, producida en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (por jubilación de D. Juan María Satrustegui Martínez) y sin que ninguna de las propuestas alcanzase sucesivamente el número de votos suficientes para resultar nombrado, procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, devolver la expresada terna al Parlamento Vasco a fin de que formule otra nueva*".

SEGUNDO.- Contra dicho acuerdo se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal del Parlamento Vasco en base a los siguientes fundamentos de Derecho:

Entiende el recurrente en su escrito de demanda que el acto recurrido infringe los artículos 330.4 y 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85, 13.2 y 32.2 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial 38/98; y 54.1 y 2 de la ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; así como que incurre en aplicación indebida del artículo 44 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial y que con la infracción de dichos preceptos se vulnera la competencia atribuida al Parlamento Vasco para la formulación de la propuesta de candidatos a la plaza de Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma, propuesta que la representación procesal de la recurrente entiende constituye el ámbito material de ejercicio de la discrecionalidad en que debe moverse el Consejo General del Poder Judicial a la hora de efectuar la propuesta de nombramiento, a salvo, claro está, problemas de legalidad que esta parte entiende quedan limitados a las circunstancias objetivas, 10 años de ejercicio como jurista en el territorio de la Comunidad Autónoma, no siendo por el contrario susceptible de control por el Consejo General del Poder Judicial la valoración efectuada por la Cámara Vasca de la concurrencia de la condición de jurista de reconocido prestigio.

En primer lugar el recurrente sostiene que la aplicación del artículo 44 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial pervierte el sistema establecido por el legislador en los artículos 330.4 de

la Ley Orgánica del Poder Judicial y 13.2 y 32.2 de la Ley 38/88 porque, afirma, no puede quedar, al albur de una decisión inmotivada del Consejo, negada la participación de las Comunidades Autónomas en la conformación de su máximo órgano judicial (sin duda quiere decir máximo órgano judicial con sede en el Territorio de la Comunidad Autónoma ya que no cabe olvidar que el Tribunal Supremo extiende su Jurisdicción a todo el territorio nacional) de donde concluye que el Consejo General del Poder Judicial, en estos casos, no puede abstenerse ni votar en blanco (entendemos que se refiere a sus componentes) ya que no cabe la devolución de la terna más que en los supuestos antes mencionados y que, caso de no producirse la mayoría requerida, el Consejo debe seguir votando no pudiendo ampararse en el artículo 44 del Reglamento antes citado.

Sustenta su argumentación el recurrente sobre el hecho, afirma, de que estamos ante un acto complejo, tal es, dice, la propuesta de nombramiento que debe efectuarse al amparo del artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuya formación concurren la voluntad del Parlamento Vasco y la del propio Consejo General del Poder Judicial, sin que aquella pueda ser burlada sin motivación especial en base a entender que se trata de un acto discrecional del Consejo General del Poder Judicial.

TERCERO.- Manifiesta el representante procesal del Parlamento Vasco que la discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial sólo puede operar sobre un presupuesto fáctico previo de la norma habilitante, presupuesto de hecho que está constituido por la terna elaborada por el Parlamento Autonómico que no puede ser obviada por el Consejo General del Poder Judicial salvo incumplimiento por los candidatos de los requisitos objetivos exigidos por el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre los que afirma no se incluye la condición de jurista de reconocido prestigio cuya concurrencia una vez apreciada por el Parlamento Autonómico no puede ser revisada por el Consejo General del Poder Judicial.

Entiende el recurrente que hay dos realidades fácticas que limitan la discrecionalidad de la Cámara Autonómica y la del Consejo General del Poder Judicial respectivamente, a saber, la condición de jurista de reconocido prestigio con diez años de ejercicio profesional en el territorio de la Comunidad y la terna elaborada por la citada Cámara, apoyando el recurrente su tesis, de que el

Consejo General del Poder Judicial no puede revisar la calificación que el Parlamento Vasco haya hecho sobre la concurrencia de la condición de jurista de reconocido prestigio, en el artículo 75 del Reglamento antes citado que limita las competencias de la Comisión de Calificación de dicho Consejo a informar sobre los méritos y circunstancias de los juristas incluidos en la terna.

CUARTO.- Avanzando en su argumentación, la representación del Parlamento Vasco afirma que el acuerdo recurrido infringe el deber de motivación contenido en los artículos 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 54.1.F y 54.2 de la Ley 30/92, deber de motivación que entiende tanto más exigible cuando se cuestiona la actuación de otro órgano que ha tomado la decisión prevista, en este caso la elaboración de la terna, y sobre el que recae la presunción de legalidad de sus actuaciones. Sostiene que el acuerdo sólo recoge el resultado de la votaciones pero carece de motivación real.

Continuando el proceso de argumentación, el recurrente mantiene que, siendo obvio que en los tres candidatos concurren los requisitos objetivos exigidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, extremo que, por otra parte, fue informado positivamente por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial en fecha 25 de enero de 2005, la única razón para el rechazo de la terna sólo puede ser que ninguno de los candidatos goza de la confianza del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, lo que infiere del propio escrito del Vocal Sr. López Tena en que se solicita su inclusión en el orden del día del Pleno y en el que se dice: "*No existe norma alguna que faculte a este órgano constitucional para aplazar indefinidamente el nombramiento de Magistrado que legalmente le compete a su comodidad, conveniencia o cálculo político del partido...*". Sostiene que, en tanto que la discrecionalidad ejercida por el Parlamento Vasco tiene un carácter político, la razón de confianza en que presume se basa el acuerdo impugnado, no puede, afirma, ser de tipo político, corporativo o personal y ello en base a dos razones: una, que si se entendiera lo contrario poco valor tendría la propuesta previa del Parlamento Vasco, llegando incluso, dice, el establecimiento de ciertos méritos para acceder al nombramiento a tener carácter meramente decorativo y, otra, que ningún cargo judicial puede ser calificado como cargo de confianza por imperativo del artículo 117.1 de la Constitución que establece la garantía de independencia, inamovilidad y sometimiento exclusivo al imperio de la Ley de Jueces y Magistrados,

entendiendo que el binomio inamovilidad -confianza es, en si mismo, una contradicción, ya que los cargos de confianza se caracterizan, no solo por la libre designación, sino, también, por el libre cese, negando, asimismo, que la confianza de la autoridad facultada para hacer la designación en la persona designada pueda ser la razón del nombramiento o de su denegación en el caso que nos ocupa, invocando para ello la sentencia de esta Sala de 10 de enero de 1997, en la que se señala que solo los nombramientos de libre designación se basan en la existencia de un motivo de confianza y solo son de libre designación los que son de libre cese.

QUINTO.- El último argumento utilizado por el recurrente en apoyo de su tesis es el de la desviación de poder. Desviación de poder que la representación del Parlamento Vasco fundamenta, precisamente, en que el rechazo arbitrario de la terna elaborada por éste que implica el desconocimiento de la voluntad de la Cámara Autonómica, devalúa el papel de la Asamblea Legislativa y tiene una oculta motivación, no expresada, que, necesariamente, entiende el recurrente, ha de descansar en razones de confianza proscritas por el mandato constitucional, una vez descartadas razones de capacidad y mérito, entendiendo que de lo razonado en la demanda, y que ha quedado expuesto, resulta acreditada la finalidad del acuerdo impugnado no concorde con las exigencias legales, máxime cuando, en base a la jurisprudencia que cita, entiende es bastante la prueba de presunciones para tener por acreditada la desviación de poder alegada.

SEXTO.- A la pretensión del representante procesal del Parlamento Vasco se opone el Sr. Abogado del Estado quien sostiene que el Consejo General del Poder Judicial dispone de discrecionalidad que le permite tanto llevar a cabo la propuesta de nombramiento en base a motivos de confianza a favor del candidato que considere más idóneo de los incluidos en la terna, como decidir que ninguno de los candidatos ofrece las condiciones necesarias para ser acreedor a la confianza que supone el nombramiento y ello en base a que los artículos 189 y siguientes del Reglamento 1/95 de la Carrera Judicial y en concreto el 194, incluyen la provisión de plazas como la que aquí nos ocupa en el régimen denominado "solicitud de provisión de plazas y de cargos de

nombramiento discrecional" y no en el Capítulo II del Título X relativo a los concursos reglados.

SEPTIMO.- Avanza en su razonamiento el Sr. Abogado del Estado afirmando que, en cuanto a la motivación, ésta aparece en el acta de la sesión del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, resulta de la explicación dada a su voto por los Vocales que votaron en blanco y configuraron la mayoría, explicación que giraba en torno a haberse presentado la terna al Pleno sin alcanzar el consenso necesario para proceder al nombramiento, sin que ello supusiera negar que los propuestos eran juristas de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma y así lo había puesto de relieve la Comisión de Calificación, de donde infiere el Sr. Abogado del Estado que el acuerdo recurrido pone de manifiesto, con grado de expresividad a su juicio más que suficiente para entender cumplido el requisito de la motivación, habida cuenta la naturaleza discrecional del acto recurrido, que ninguno de los propuestos gozaba de la confianza del Consejo General del Poder Judicial al no haberse alcanzado el necesario consenso.

Insiste el Sr. Abogado del Estado en la idea de que, al ser un acto discrecional, el nombramiento que nos ocupa sólo puede apoyarse en la existencia de motivos de confianza sin estar sometido al requisito formal de la motivación. La motivación, dice, pierde intensidad en el sentido de que su falta de manifestación expresa no debe acarrear consecuencias anulatorias ya que la valoración de méritos y la confianza están implícitos en la decisión adoptada, citando en apoyo de esta tesis la sentencia de 18 de mayo de 1991 que afirma que, la simple referencia a *"las atribuciones que le han sido conferidas a la autoridad que dispone el cese"* basta para estimar cumplida la motivación, sentencia que se refiere al cese del Médico Director de la Escuela Nacional de Enfermedades del Tórax, y la sentencia de 10 de enero de 1997 que se refiere a la negativa del Consejo de Ministros a nombrar Teniente Fiscal del Tribunal Constitucional a quien había sido propuesto por el Fiscal General del Estado en ejercicio de sus competencias; negativa que el Tribunal considera ajustada a derecho por tratarse de un nombramiento de libre designación que entiende se funda en una relación de confianza que sólo puede ser apreciada por la autoridad que realiza el nombramiento y por entender que tal nombramiento no está sometido al requisito formal de una exposición de los motivos en virtud de

los cuales se prefiere a determinada persona frente a otra u otras o no concede la confianza a determinada persona, a lo que se añade que tales motivaciones no serían objeto de fiscalización, además de que, por otra parte, tal motivación no dejaría de ser otra cosa que la simple expresión de la facultad discrecional que es el verdadero fundamento o motivación del acto administrativo. Continua la sentencia citada refiriéndose a la de 18 de mayo de 1991 en la que, dice, ya se ponía de manifiesto el criterio que se sustenta, y en la que se expresa que estima la Sala suficiente la referencia a las atribuciones que le han sido conferidas a la autoridad que dispone el cese para estimar cumplido el requisito de la motivación, añadiendo que si el nombramiento no hubo que motivarlo porque era discrecional, lo mismo basta para el cese.

Invoca también el Sr. Abogado del Estado en apoyo de su tesis la sentencia de 11 de enero de 1997, que resolvía el mismo litigio que la anterior pero en el cauce del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, en donde se sostiene que, existiendo una regulación específica, no es aplicable el artículo 54.1 f) de la Ley 30/92; que la motivación, al no ser fiscalizable, es innecesaria, máxime cuando el Ministerio Fiscal no actúa como órgano de la Administración Pública; si bien reconoce estar ante una "*actuación compleja*" en la que ha de informar el Consejo Fiscal, el Fiscal General elevar propuesta al Consejo de Ministros y el Gobierno es quien tiene la competencia para efectuar el nombramiento, sin que la regulación legal específica imponga la existencia de motivación.

Por último, la representación del Consejo General del Poder Judicial se refiere a la sentencia de 30 de noviembre de 1999 en la que, en relación con el nombramiento de Presidente de Audiencia, se afirma que la libre designación o el nombramiento discrecional sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el órgano de gobierno puede apreciar libremente sin estar sometido al requisito formal de la motivación y que como aquella competencia abarca también la apreciación de confianza, esta no podría ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es justamente el fundamento del requisito de la motivación. Sentencia que a su vez se remite a las de 10 y 11 de enero de 1997.

OCTAVO.- A continuación el Sr. Abogado del Estado pasa a oponerse a las alegaciones de la representación procesal del Parlamento Vasco y en concreto a la tesis de que nos encontramos ante un acto complejo, y sí, dice, ante un procedimiento complejo, por cuanto entiende que la competencia para el nombramiento es exclusiva del Consejo General del Poder Judicial conforme a los artículos 122 (dice 112) de la Constitución y 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sostiene que la facultad del Parlamento Vasco es de mera propuesta conforme al artículo 113 de la Ley 38/98.

Concluye sosteniendo que el Consejo General del Poder Judicial puede rechazar íntegramente la propuesta y obligar a la formulación de nueva terna en base a que:

La competencia es exclusiva del Consejo General del Poder Judicial.

No estamos ante un acto complejo.

La potestad de nombrar comprende la de excluir.

El Consejo General del Poder Judicial no puede efectuar incorporaciones a la terna.

Conclusión contraria a la que sostiene, dice, supondría la posibilidad de imponer al Consejo General del Poder Judicial el nombramiento de personas que no gozan de su confianza.

El artículo 44 del Reglamento 1/96 es aplicable a todos los supuesto de nombramientos discrecionales y la pretensión de que los vocales deben seguir votando hasta producir el nombramiento y de que no pueden abstenerse ni votar en blanco carece de base legal.

NOVENO.- Por último y en lo que se refiere a la imputación que efectúa el recurrente al acto recurrido de incurrir en desviación de poder, el Sr. Abogado del Estado sostiene que ni tan siquiera se dice cual es la finalidad que ha pretendido el Consejo General del Poder Judicial desviada de la que debe perseguirse con el ejercicio de la potestad concedida.

DECIMO.- Planteada en estos términos la cuestión el primer tema a resolver es el relativo a la naturaleza de la propuesta en terna a efectuar por el

Parlamento Vasco de conformidad con el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 13.2 y 32.2 de la Ley 8/98. No vamos a entrar aquí a resolver el debate de si estamos ante un acto complejo, como sostiene el recurrente, o ante una actuación compleja o procedimiento complejo, como parece sostener el Sr. Abogado del Estado.

Es sobradamente conocido que la construcción doctrinal del acto complejo ha creado no pocas dificultades en la práctica por cuanto la colaboración de varias voluntades a la formación del acto es un fenómeno que tiene amplia aplicación en el derecho público y también en el privado, pero dentro de esta palabra se encierra un conjunto heterogéneo de fenómenos, es decir, casos en los que la voluntad tiene grados diferentes de colaboración. Puede ocurrir que colaboren en plano de igualdad, pero puede ocurrir que una de ellas prevalezca siendo la otra secundaria.

De aquí que se adopte más correctamente la expresión "acto compuesto" para, dentro de él, distinguir varias situaciones: en el acto compuesto la interdependencia de los componentes es tal que la invalidez de uno afecta al acto en su unidad.

El fenómeno surge cuando varias componentes se coordinan en el desarrollo de una misma función (son objetivamente homogéneas) o cuando una se coloca en situación instrumental respecto de las demás; en el primer caso estamos ante el acto complejo propiamente dicho, que es el que resulta del concurso de varios órganos o de varios entes. La característica es que las voluntades tienen un único contenido y una única finalidad, y se funden para formar un acto único.

Puede ser complejidad interna, cuando son órganos del mismo ente público los que concurren, o externa, cuando son varias personadas jurídicas, y puede ser igual o desigual.

En los actos complejos la competencia resolutoria es mixta, siendo compartida por dos o más órganos. Por análoga razón se excluyen de esta categoría de actos complejos los necesitados de aprobación por un órgano superior. En este supuesto la aprobación por el órgano superior es sólo un requisito de eficacia de un acto ya dictado por el órgano inferior.

Podríamos resumir diciendo que estamos ante un acto complejo cuando las voluntades de varios sujetos se funden en orden a una actividad única por su

contenido y por su fin. La sentencia de esta Sala de 16 de enero de 1990 por su parte dice *"El Ayuntamiento de Barcelona dividió en su día el término municipal en Distritos y sus Normas Regulatoras establecieron la modalidad libremente elegida para la designación, que corresponde al Alcalde, a propuesta del Consell (art. 8º, 1). Este sistema, en dos fases, es muy utilizado en todos los niveles, desde la cúpula institucional para la que el Rey nombra siempre a propuesta de alguien (Presidente de Gobierno, Cuerpos colegisladores, Consejo General del Poder Judicial...) hasta los distintos escalones de la Administración, mediante el procedimiento selectivo de las oposiciones, con la intervención de un Tribunal examinador que propone y una autoridad supraordenada que nombra. El nombramiento es, en estos casos, un acto administrativo complejo para cuya perfección concurren dos voluntades."*

En el caso que nos ocupa existe un elemento fundamental a tener en cuenta, y no es otro que el de que del artículo 122.2 de la Constitución Española se infiere con claridad que la competencia para el nombramiento de Jueces y para proponer el nombramiento de Magistrados por Real Decreto corresponde en exclusiva al Consejo General del Poder Judicial y, por tanto, en modo alguno puede entenderse que estamos ante una competencia compartida con la Cámara Legislativa Autonómica, en lo que al nombramiento del Magistrado que debe cubrir la plaza a que se refiere el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atañe.

Ello, no obstante, no puede llevarnos sin más a la conclusión, a que parece querer llegar el Sr. Abogado del Estado, de que la propuesta en terna, que viene atribuida al Parlamento Vasco por el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 13.3 y 32.2 de la Ley 38/98, tenga el valor de mera iniciativa o acto preparatorio puramente procedimental y que responde a una técnica organizativa, como acontece en el caso del artículo 72 del Reglamento 1/86 del Consejo General del Poder Judicial.

El que la Constitución otorgue al Consejo General del Poder Judicial la competencia para el nombramiento de Jueces y la propuesta de nombramientos por Real Decreto de los Magistrados, no supone otorgar a éste una facultad omnímoda que le permita actuar "a legisbus solutus", sino que dicha facultad debe ser ejercida de conformidad con lo previsto en la Ley en cada caso y también, por tanto, en los de provisión de plazas por el sistema de nombramiento discrecional, en los que los presupuestos fácticos a que debe sujetarse el

Consejo a la hora de efectuar el nombramiento, --requisitos que debe concurrir en el candidato y propuesta del Parlamento Autonómico en los casos del artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o del Ministerio de Defensa en los casos de nombramiento de Magistrados de la Sala del Tribunal Supremo procedentes del Cuerpo Jurídico de la Defensa,-- vienen determinados por una norma de tal carácter.

Por tanto la primera cuestión que se plantea es la de si el Consejo General del Poder Judicial puede denegar o no el nombramiento de todos los candidatos incluidos en la terna propuesta por el Parlamento vasco, en que casos y con qué requisitos y efectos.

DECIMOPRIMERO.- Las tesis del Parlamento Vasco y del Sr. Abogado del Estado son absolutamente contradictorias. Como hemos visto el Sr. Abogado del Estado sostiene que el Consejo General del Poder Judicial como único titular de la competencia no está en absoluto vinculado por la propuesta, con la única limitación de que no puede incluir nuevos nombres, y puede rechazarla sin motivación en atención a que estamos ante un nombramiento de confianza.

El Parlamento Vasco, por su parte, sostiene que el Consejo sólo puede apartarse de la propuesta si los candidatos no cumplen el requisito objetivo que establece el artículo 330.4 tantas veces citado, diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma como jurista, no pudiendo el Consejo General del Poder Judicial ni tan siquiera entrar a valorar si concurren la condición de jurista de reconocido prestigio ya que, entiende el recurrente, la facultad de valoración en este punto es exclusiva del Parlamento Vasco.

Acierta el recurrente cuando afirma que la finalidad que persigue el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es que cada Comunidad Autónoma participe en el nombramiento de los miembros del máximo órgano judicial con sede en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Por tanto, atendido el alto rango institucional de los Parlamentos autonómicos, no parece razonable equiparar las competencias atribuidas a estos con las facultades que el Reglamento 1/86 otorga a la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial que responden, exclusivamente, a una finalidad organizativa de funcionamiento interno del propio Consejo, como lo pone de relieve que en este caso no quepa proceder conforme a lo prevenido en el párrafo segundo del

artículo 74. La expresión "sobre terna presentada por la Asamblea Legislativa" que utiliza la Ley Orgánica del Poder Judicial nos parece bastante significativa al respecto.

No nos parece conforme a derecho por el contrario la conclusión a que llega la representación del Parlamento Vasco de que el Consejo General del Poder Judicial únicamente puede apartarse de la propuesta caso de incumplimiento del requisito temporal antes citado. El órgano constitucional a que viene atribuida constitucionalmente la competencia para el nombramiento de Jueces y para proponer el nombramiento de Magistrados por Real Decreto está sujeto, como no podía ser menos, al principio de legalidad y, por tanto, a la hora de efectuar dichos nombramientos habrá de constatar que los candidatos reúnan los requisitos legalmente exigidos y en consecuencia también, en el caso que nos ocupa, el de juristas de reconocido prestigio. Otra cosa será que caso de discrepar de la valoración efectuada por la Cámara Legislativa proponente deba motivar o no su discrepancia.

DECIMOSEGUNDO.- Llegado a este punto esta Sala considera necesario precisar de alguna manera el alcance del concepto jurídico indeterminado "*jurista de reconocido prestigio*". Resulta imprescindible hacerlo no sólo para establecer los aspectos controlables por el Consejo General del Poder Judicial sino también, como veremos más adelante, para decidir si en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 23 de febrero del 2005, en que se tomó el acuerdo recurrido, se aceptó por el citado Órgano Constitucional, como sostiene la representación de la Cámara Legislativa Autonómica, que todos los integrantes de la terna reúnen dicha condición. Entiende esta Sala que el concepto "*jurista de reconocido prestigio*" debe ser entendido en el sentido de que tal calificación puede otorgarse a quien no sólo reúne la condición de excelencia desde el punto de vista jurídico, atendida la especialidad de las funciones a desarrollar y de las materias que conocen las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, sino que además de dicho requisito el reconocimiento de tal condición exige que en la persona del candidato concurren valores constitucionales y cívicos imprescindibles para el ejercicio de la función judicial, valores que constituyen un plus sobre las causas de incapacidad recogidas en el artículo 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto el Pleno del Consejo General del Poder Judicial a la hora de decidir

sobre la propuesta de nombramiento del Magistrado a que se refiere el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial habrá de constatar, amén de la corrección formal del procedimiento seguido para la elaboración de la terna, que los candidatos propuestos cumplen los requisitos establecidos en el citado precepto entendidos en la forma anteriormente expuesta.

DECIMOTERCERO.- Dicho esto, hemos dado respuesta a la primera de las interrogantes que nos hemos planteado, la de si el Consejo General del Poder Judicial puede denegar el nombramiento a todos los candidatos incluidos en la terna presentada por el Parlamento autonómico y, en consecuencia, no proceder al nombramiento de alguno de los incluidos en ella.

Ahora bien, sentado lo anterior surge una nueva pregunta, tal es la que se refiere a en qué casos y en qué forma puede el Consejo General del Poder Judicial apartarse de la propuesta y no proceder al nombramiento de ninguno de los candidatos incluidos en la terna. ¿Se limita esa posibilidad a los casos en que se entienda no concurrir en ninguno de ellos los requisitos previstos en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial? ¿o puede el Consejo no proceder al nombramiento, aun cuando se den tales requisitos, por meras razones de confianza como sostiene el Sr. Abogado del Estado?.

Para resolver la primera cuestión ¿en qué casos?, hemos de dar respuesta primero a la pregunta de si estamos ante un nombramiento de confianza como sostiene el Sr. Abogado del Estado equiparable en todo a los nombramiento de libre designación en el ámbito de la Administración General, tal y como parece deducirse del contenido de su contestación a la demanda y, en segundo lugar, a la de cual sea el valor de la propuesta formulada por la Cámara Legislativa.

Hemos de destacar de antemano el avance que supuso tanto el contenido del artículo 137 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como la Ley 30/92 en lo que al control de los actos discrecionales se refiere. Con esto apuntamos ya en dirección a la exigencia o no de motivación a que nos referiremos más adelante para dar respuesta a la segunda cuestión que hemos planteado referida a en que forma puede el Consejo apartarse de la propuesta.

El tema a analizar es, como decíamos, si el carácter del nombramiento que nos ocupa hace que estemos ante un nombramiento de confianza,

entendido en el sentido que a los nombramientos para puestos de libre designación corresponde en el ámbito de la Administración General del Estado o, si por el contrario, esta discrecionalidad está limitada a la valoración de méritos a fin de elegir uno de entre los candidatos incluidos en la terna por la Asamblea Legislativa Autonómica que cumplan los requisitos establecidos en la norma, de manera que, más que obedecer a una razón de "confianza", la discrecionalidad opera en el ámbito de la valoración de los méritos que en cada uno de ellos concurren.

En primer lugar hemos de señalar que, si bien es cierto que la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 330.4 establece sin lugar a dudas un cierto grado de discrecionalidad a la hora de concretar el nombramiento en uno de los candidatos, no lo es menos que en el artículo 326.2, con el que se encabeza el Capítulo correspondiente, dispone que: "La provisión de destinos de la Carrera Judicial se hará por concurso, en la forma que determina esta Ley, salvo la de Presidentes de las Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional, Presidente de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo". Por tanto parece que el grado de discrecionalidad que pretende el legislador es diferente en el caso que nos ocupa que en el de los supuestos a que se refiere el artículo 326.2.

En nuestra apreciación, en el caso del artículo 330.4 la discrecionalidad es menor que la del 326.2 en cuanto viene condicionada por la terna elaborada por la Cámara Legislativa Autonómica y se refleja solo a la hora de la valoración de los méritos de los distintos candidatos propuestos en terna

Sostiene el recurrente en este punto que, en el ámbito del Poder Judicial, no cabe hablar de nombramiento de confianza porque los Jueces y Magistrados solo están sometidos al imperio de la Ley y son inamovibles ex artículo 117.1 de la Constitución. Por otra parte arguye el recurrente en defensa de su tesis que si se admitiese que estamos ante un cargo de confianza en sentido estricto del Consejo General del Poder Judicial, poco valor tendría la propuesta del Parlamento Autonómico y que los puestos de libre designación, presididos por criterios de confianza en el nombramiento, lo son también de libre cese y así ocurre con los puestos de libre designación en el ámbito de la Administración General del Estado, lo que es incompatible en la esfera judicial con el principio de inamovilidad.

En el análisis de la cuestión planteada, el Sr. Abogado del Estado fundamenta toda su argumentación en el carácter de confianza del nombramiento, lo que establece como premisa de forma apriorística, y en las sentencias de esta Sala de 18 de mayo de 1991 y 10 de enero de 1997. Pero dicha cita ya apunta un error en la argumentación del Sr. Abogado del Estado.

En efecto, la sentencia de 18 de mayo de 1991, sin perjuicio de que al ser anterior a la Ley 30/92 no tiene en cuentas las innovaciones de ésta en materia de control de la discrecionalidad, dice, como transcribe el Sr. Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, que *"la doctrina científica ha señalado que la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto"* pero que, tratándose de motivos discrecionales, como reconoce el mismo demandante, esta exigencia va ínsita en el mismo acto y estima la Sala que es suficiente la referencia a *"las atribuciones que le han sido conferidas a la Autoridad que dispone el cese"* para estimar cumplido el requisito de la motivación.

La sola referencia al cese debía haber alertado al Sr. Abogado del Estado para advertir que no estamos ante supuestos equiparables. En efecto si acudimos a la sentencia en cuestión vemos que se trata de un nombramiento en el ámbito de la Administración Institucional de Sanidad Nacional, nombramiento relativo a un puesto de libre designación y por tanto de libre designación y cese. El error está en pretender trasladar el concepto de *"cargo de confianza"* del ámbito de la Administración a la esfera del Poder Judicial y en olvidar el importante avance que la Ley 30/92 supuso en lo que a control de la discrecionalidad se refiere al establecer la exigencia de motivación de los actos de tal naturaleza.

DECIMOCUARTO.- En el ámbito de la Administración Civil, la libre designación es el medio de provisión del puesto de trabajo en los casos en que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo; se caracteriza por tener carácter excepcional y conlleva el que los funcionarios nombrados para esos puestos puedan igualmente ser cesados con carácter discrecional, lo que pone de manifiesto un elevado grado de confianza en el nombrado, posibilidad esta última que en modo alguno es predicable para nombramientos en el ámbito del Poder Judicial, sin que pueda olvidarse, como ya dijimos, que la sentencia de 18

de mayo de 1991 es anterior a la Ley 30/92 que ha incluido los actos discrecionales entre las necesitadas de motivación.

La existencia de puestos de libre designación en el ámbito de la Administración General del Estado, basada en razones de confianza, tiene además una fundamentación doctrinal y jurídica no aplicable a la esfera del Poder Judicial, al menos en casos como el que ahora nos ocupa.

En la esfera de la Administración General del Estado la libre designación, es, hoy por hoy, de entre todos los medios de provisión de puestos de trabajo, el más idóneo para formar adecuadamente equipos directivos y de trabajo. Intentar que los directivos públicos gestionen organizaciones sin gestionar el personal es incongruente con dos principios de la LOFAGE esenciales en la moderna gestión: la responsabilidad gestora, prevista en el artículo 3.2º.b) y la gestión por objetivos, contenida en el artículo 3.2º.a).

Reconocer al directivo esa libertad está justificado por tres razonamientos: Primero, la implantación del principio de excelencia en las Administraciones Públicas demanda esta libertad organizativa, no ya sólo respecto a los titulares del órgano directivo sino también del equipo inmediato a los cuales se les asignan las competencias gestoras-- con la finalidad de coordinar adecuadamente la dirección, dinamicidad y compromiso que el concurso no otorga. Segundo, la libre designación como medio técnico de provisión no dista tanto de otros en los que la discrecionalidad administrativa es, en muchas ocasiones, más sutil, tal es el caso del concurso específico que goza, además, de las garantías de la inamovilidad de todo puesto provisto mediante concurso. Tercero, el interés de la sociedad en contar con un servicio público eficaz debe primar frente a cualquier consideración personal que impida una eficiente organización.

Junto a estas justificaciones administrativas en atención a la finalidad perseguida, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional esboza, en términos generales, una línea interpretativa coherente, considerando a la libre designación acorde con los preceptos constitucionales. Entre los muchos pronunciamientos los más sugestivos son los siguientes:

La provisión mediante libre designación, dice, no conculca los principios de mérito y capacidad, (SSTC 8 de noviembre de 1988 , 16 de febrero de 1987, 24 de enero de 1989 y 5 de octubre de 2000).

Los principios de igualdad por aplicación del artículo 23.2º de la CE y el de mérito y capacidad, afirma, operan con diferente intensidad atendiendo al momento en que deba ser ponderado. Frente a una intensidad absoluta de aplicación en el acceso a la función pública queda autorizada una intensidad moderada en la provisión de puestos de trabajo. El FD cuarto de STC 14 de octubre de 1991 expresa:

<<El precepto actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983 (RTC 1983/75), 15/1998 (RTC 1988/15) y 47/1989), aunque es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública, o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos a satisfacer otros bienes constitucionales protegidos (SSTC 192/1991 y 200/1991)>>

Doctrina reiterada en al ATC de 8 de febrero de 1999 y en las SSTC de 13 de julio de 1998 y 13 de diciembre de 1993.

Ahora bien, la libre designación no implica un poder omnimodo para la Administración Pública sino sometimiento a los principios de la CE, STS 4 de julio de 1986, cuyo FD segundo limita la discrecionalidad administrativa en el modo de provisionar estos puestos de trabajo.

<<... Porque la Administración ha de actuar "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", y que está sujeta "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (art. 9.1)... pero además... la Constitución impone a la Administración (art. 103.1 que sirva con objetividad los intereses generales" y a los Tribunales (art. 106.1) que controlen "la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

Discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos, según criterio mantenido por las STC 5 de octubre de 2000, STC 12 de marzo de 2001 y FD segundo de la STS 4 de julio de 1986. Dice el Tribunal Constitucional que *<< la discrecionalidad no ha sido jamás (y menos puede serlo a partir de la*

Constitución en virtud de lo dispuesto en sus citados artículo 103.1 y 106, 1 y también en el 9,3, in fine) la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo. Esto último es arbitrariedad, y como ha dicho recientemente la Sala 4ª de este Tribunal --en sentencia de 21 de noviembre de 1983--, <<discrecionalidad y arbitrariedad entrañan unos conceptos antagónicos>>. El artículo 9,3, de la Constitución garantiza << La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos>> y, por tanto la de la Administración, que, aun en el ejercicio de una indiscutible potestad discrecional, ha de someter su actuación a los fines que la justifican y servir objetivamente los intereses generales (artículo 103,1 y 106,1 de la misma Constitución y por tanto, las resoluciones de 28 de enero de 1980 y 5 de febrero de 1981, que (como hemos dicho) ni siquiera intentan dar una sola razón que pueda justificar la decisión que adoptan, serían, en todo caso, contrarias a Derecho, por arbitrarias, y deberían ser anuladas y dejadas sin efecto(...)>>

Lo que acontece es que en el caso del artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no estamos ante un puesto con contenido de gestión y además estamos ante un modo de acceso a la Carrera Judicial, por más que lo sea para un puesto específico y determinado. En modo alguno estamos ante un supuesto de promoción o desarrollo de la carrera administrativa, supuesto para el que el Tribunal Constitucional, como hemos visto, modera la intensidad con que opera el artículo 23.2 de la Constitución.

Pero además hay otro dato que no podemos olvidar en ningún momento y es que, el nombramiento de libre designación, en el ámbito de la Administración General del Estado, conlleva el libre cese, lo que es incompatible con ese principio de inamovilidad de los cargos jurisdiccionales.

Quizás de alguno de los puestos excepcionados del concurso en el artículo 326 de la Ley Orgánica del Poder Judicial puede predicarse alguna especialidad en lo que a gestión se refiere, pero en modo alguno en el caso del artículo 330.4.

DECIMOQUINTO.- La cuestión que nos ocupa presenta a su vez otra vertiente que debe ser analizada atendido el componente de discrecionalidad, que no se discute, concurre en el nombramiento. Tal es la relativa a como incide esa discrecionalidad, tanto en la elaboración de la terna por el Parlamento

Autonómico como en la propuesta del Consejo General del Poder Judicial, y cual es el valor de la propuesta de la Cámara Legislativa Autónoma.

Aunque no puede obviarse que el Parlamento Autónómico es el órgano político por antonomasia en cuanto representa la voluntad popular y de la correspondiente Comunidad Autónoma sus candidatos deben cumplir las exigencias establecidas en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que ello excluya que el Consejo General del Poder Judicial pueda razonadamente apartarse de la valoración efectuada, y por tanto la discrecionalidad de aquél no puede responder exclusivamente a criterios políticos.

Por otra parte no puede olvidarse que lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial pretende no es otra cosa que arbitrar una fórmula de participación de la Comunidad Autónoma en el nombramiento de dicho cargo judicial. Ello, sin duda, exige, como decíamos al principio, entender que la terna elaborada por el Parlamento autónómico no puede ser considerada como mero trámite procedimental, sin fuerza vinculante alguna para el Consejo General del Poder Judicial, y por tanto no puede separarse de ella sin motivación ni por otras causas que no sean defectos en la tramitación parlamentaria o la no concurrencia en los candidatos de los requisitos previstos en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como aquí queda interpretado. La tesis que mantenemos sin duda encuentra apoyo en la expresión utilizada por el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el sentido de que el nombramiento se efectuará "a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea Legislativa" mereciendo especial atención la expresión "sobre", que da a la propuesta del Parlamento autónómico un valor mayor al de un simple trámite procedimental, como pretende el Sr. Abogado del Estado, equiparable a la propuesta que efectúa la Comisión de Calificación al amparo del artículo 74 del Reglamento 1/86.

DECIMOSEXTO.- La siguiente cuestión a resolver es la de la necesidad de motivación.

Ya hemos dicho que el Sr. Abogado del Estado fundamenta toda su argumentación, en orden a la necesidad de motivación, en el carácter de confianza del nombramiento, lo que establece como premisa de forma

apriorística, y en la sentencia de esta Sala de 18 de mayo de 1991 y 10 de enero de 1997, pero dicha cita apunta un error en la argumentación del Sr. Abogado del Estado.

Como ya dijimos, la sentencia de 18 de mayo de 1991, sin perjuicio de que al ser anterior a la Ley 30/92 no tiene en cuenta las innovaciones de esta en materia de control de la discrecionalidad, dice, como transcribe el Sr. Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, que *"la doctrina científica ha señalado que la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto"* pero que, tratándose de motivos discrecionales, como reconoce el mismo demandante, esta exigencia va ínsita en el mismo acto y estima la Sala que es suficiente la referencia a *"las atribuciones que le han sido conferidas a la Autoridad que dispone el cese"* para estimar cumplido el requisito de la motivación y la sola referencia al cese debía haber alertado al Sr. Abogado del Estado para advertir que no estamos ante supuestos equiparables.

Antes de seguir adelante cabe traer a colación las sentencias del Pleno de esta Sala de 22 de febrero y 29 de septiembre de 1988 y 16 de enero de 1989. En ellas no se trata del mismo supuesto que ahora nos ocupa sino del nombramiento por el Consejo General del Poder Judicial de Magistrados suplentes a propuesta de la Sala de Gobierno correspondiente, a que se refiere el artículo 200.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tales nombramientos, no obstante, son también discrecionales del Consejo entre quienes reúnan los requisitos establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La primera de las sentencias citadas, entre otras cosas dice: *"si bien puede admitirse que el Pleno del Consejo puede separarse de tal propuesta, ello será sólo en los casos en que la propuesta no haya sido motivada con expresión de las circunstancias personales y profesionales que concurren en los propuestos o en el supuesto de que los propuestos no reúnan las condiciones previstas en el número 1 del artículo 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (antes transcrito) o en la propuesta no se respete la preferencia establecida en el antes transcrito número 3 del mismo artículo 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (antes transcrito)"* (Fundamento jurídico Cuarto), para continuar, en el fundamento jurídico quinto, diciendo que queda *"fuera de toda duda la*

falta de motivación de la resolución del recurso de reposición, en cuanto la misma no se pronuncia sobre el derecho de preferencia alegado por el recurrente, que tiene su reflejo en el artículo 201.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de cuyo contenido no puede ni la Sala de Gobierno correspondiente prescindir en su propuesta, ni el Consejo Judicial del Poder Judicial en el momento de realizar los nombramientos entre los que hayan concurrido al concurso para cubrir las plazas de Magistrados suplentes. En consecuencia, no habiéndose motivado en los acuerdos impugnados el derecho subjetivo del recurrente de que en la resolución del recurso se tuviese en cuenta su alegación de preferencia para el nombramiento, obligado resulta, sin prejuzgar la legalidad sustancial de los acuerdos impugnados, anular los mismos a fin de que por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial se dicte nueva resolución debidamente motivada, no pudiendo, por tanto, este Tribunal en este momento pronunciarse sobre la petición del recurrente de la declaración de existencia y cuantía de los daños y perjuicios".

Por su parte las sentencias de 29 de septiembre de 1988 y 16 de enero de 1989 en sus fundamentos jurídicos sexto y cuarto respectivamente , de idéntico tenor literal, establecen que *"Entrando ya en el fondo del asunto hay que empezar recordando que "aunque se admitiera la tesis del Consejo General del Poder Judicial de que puede separarse de la propuesta que formulan las Salas de Gobierno, tesis que puede encontrar un serio escollo en ese modesto verbo que emplea el artículo 200.2 de la Ley: "confeccionará, dice, la relación" es lo cierto que ello no podría hacerlo sin la necesaria motivación razonada. Lo contrario equivaldría a admitir que un órgano investido de poder público como es el Consejo "puro órgano administrativo además" puede actuar **a legibus solutus**, lo cual es inadmisibile en un Estado de derecho. Cuando se dice que discrecionalidad no es arbitrariedad se está diciendo precisamente, entre otras cosas, que incluso las llamadas decisiones discrecionales "y ninguna decisión administrativa lo es de manera total en democracia" han de ser motivadas. Lo contrario chocaría en preceptos de rango constitucional como los siguientes: artículo 9.1 "sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; el artículo 9.3 "interdicción de la arbitrariedad"; artículo 103 "sujeción plena a la Ley*

y, además, al derecho que es previo a aquélla"; artículo 23.2 y artículo 103.3 "principio del mérito y capacidad en el acceso a los cargos públicos". En consecuencia, y aunque se admitiera que la función del Consejo General del Poder Judicial en estos casos va más allá de la pura y literal "confección" de la correspondiente relación y que puede, por tanto, separarse de la propuesta de las Salas de Gobierno siempre tropezará con esos límites constitucionales que, obviamente, no puede rebasar. De manera que si motivada ha de ser la propuesta de la Sala de Gobierno (artículo 152.2.3.º), con mayor razón ha de serlo la resolución del Consejo General que se aparta de ella. Así resulta del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuya aplicación es imperativa, no ya sólo por mandato del artículo 142 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino porque aquella Ley Procesal es la básica estatal en la materia: artículo 149.1.18.º de la Constitución, donde se garantiza un trato igual a los administrados ante cualquier Administración Pública, condición esta que tiene el Consejo según se ha dicho pues constituye una organización administrativa no personificada y no un órgano judicial. Y ocurre que el propio artículo 43 exige motivar las resoluciones que se apartan del dictamen de órganos consultivos. Pues bien; por más que informes y propuestas sean técnicamente diferenciables "el informe pertenece a la fase de instrucción; la propuesta a la de resolución", en cuanto a su contenido tienen idéntica esencia: una declaración de juicio. Y esto no es solamente una teoría unánimemente aceptada por la comunidad científica de los iusadministrativistas, sino que, además, está dicho con toda claridad en nuestro derecho vigente: artículo 175 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, que llama a las propuestas "informes para resolver". Por ello, cuando el Consejo sostiene "al resolver el recurso de reposición" que "dado el carácter discrecional de los nombramientos" se le "faculta para aceptar la propuesta razonada (...) o para disentir de ella", dice algo que, en el mejor de los casos, sólo en parte es verdad. Porque lo que es indiscutible es que ese disenso tiene que motivarse y aquí ha faltado en absoluto la motivación."

Parece pues, en principio, que la doctrina contenida en tales sentencias nos llevaría a interpretar que cuando la Ley señala unos

presupuestos fácticos que deben concurrir en los candidatos y otorga potestad de efectuar propuesta a un órgano ajeno al Consejo General del Poder Judicial, éste solo puede apartarse de la propuesta si tales presupuestos fácticos no se cumplen, o no se razona sobre el orden de preferencia establecido en la propuesta en el caso de que la Ley prevea criterios de preferencia para el nombramiento.

La potestad discrecional de la Administración es, obviamente, muy anterior a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956, al extremo de poderse afirmar que la evolución de la idea de la discrecionalidad administrativa y de los sucesivos intentos de la ciencia del Derecho por limitarla y someterla a control jurisdiccional constituye el núcleo de la historia del Derecho Público europeo desde la revolución Francesa y en esta línea, el preámbulo de la referida Ley de la Jurisdicción Contenciosa recuerda que *"como ya la propia Jurisprudencia había proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, sino que, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto"*. Hoy, la doctrina afirma y las diversas Salas de este Tribunal lo han refrendado en numerosas sentencias que, al menos, son siempre elementos reglados por la Ley, aun en los actos producidos en el ejercicio de una potestad discrecional: el hecho de su existencia misma (esto es si la potestad ha sido atribuida por la norma o no), su extensión o ámbito (esto es, los casos condiciones bajo los que puede ser utilizada), la competencia (esto es, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye) y el fin (es decir, la finalidad concreta que debe satisfacer el acto que tendrá que ser necesariamente, una finalidad pública). Aunque *"la discrecionalidad es, esencialmente, un libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos porque la decisión se funda en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración"*, no debe olvidarse tampoco que esta indiferencia no es total, sino relativa, pues la decisión que se adopte deberá respetar, en todo caso, los principios constitucionales básicos (entre ellos el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamado en el artículo 93 de la Constitución) y los propios principios generales del Derecho, los

cuales informan todo el ordenamiento jurídico (artículo 1.4 del Código Civil) y también por tanto, la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, como así lo exige también "el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho" que la Constitución (artículo 103.1) impone a las Administraciones Públicas.

DECIMOSÉPTIMO.- Continuando nuestro razonamiento, hemos de manifestar que aunque el supuesto previsto en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es idéntico al previsto en el último inciso del mismo, al que se refiere la sentencia de este Tribunal de 3 de febrero de 1997, en esta se dice, en relación al nombramiento de un Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, pero no al que debe serlo a propuesta del Parlamento Autonómico, que tal nombramiento solo es controlable por razones de arbitrariedad o desviación de poder, si bien señala en cuanto a la exigencia de motivación del nombramiento discrecional que *"Y como así consta, el Presidente de la Comisión de Calificación se inclinaría finalmente por la candidatura de don Juan Jesús Hl. Ch., Magistrado procedente del cuarto turno, con base en el prestigio acreditado como Abogado integrante en su día de la Junta Directiva del Colegio de Burgos, al aprecio generalizado que su persona merece en todos los terrenos, juicio de relevancia éste que, lejos de minusvalorar las circunstancias o condiciones de los demás candidatos, sitúan al señor Ll. Ch. en el lugar preferente que determina finalmente su nombramiento, a lo que se añade el dato de que, incluso en el terreno político, en las primeras elecciones democráticas de 1977 fue elegido por todos los partidos como Presidente de la Junta Electoral, circunstancia esta última que, por contra a lo que manifiesta el recurrente, no demuestra que la designación del señor Ll. Ch. haya estado guiada por móviles políticos, más bien que su persona concita las simpatías de todos los grupos políticos como ejemplo manifiesto de su imparcialidad e independencia intelectuales. Y estas razones aducidas por el Consejo General del Poder Judicial se han de considerar, por lo demás, suficientes para tener por cumplida la exigencia de motivación de la resolución impugnada, y ello conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, entre otras las Sentencias de 27 y*

28 febrero 1990 del Tribunal Supremo y las de 16 junio 1982 y 28 septiembre 1992 del Tribunal Constitucional "números 36 y 128 respectivamente", pues tal doctrina lo que reitera y exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sean exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y se refieran las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que el afectado pueda conocer esas razones o motivos y con ello pueda articular adecuadamente sus medios de defensa y toda esa exigencia aparece cumplida en la resolución impugnada".

En esta sentencia la Sala ha afirmado también, como vemos, la exigencia de motivación.

La segunda de las sentencias anteriormente invocadas de entre las citadas por el Sr. Abogado del Estado se refiere a la denegación del nombramiento por el Gobierno como Teniente Fiscal del Tribunal Constitucional del candidato propuesto por el Fiscal General del Estado.

Es cierto que la citada sentencia dice: <<**CUARTO.**" *El primer motivo de la impugnación realizada por la "Asociación de Fiscales" consiste en afirmar que la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 infringe el artículo 54.1 letras a), c) y f) de la Ley 30/1992, de 26 noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ"PAC), que exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, los que se separen del dictamen de órganos consultivos (se menciona al respecto al Consejo Fiscal) y los que se dicten en virtud de potestades discrecionales. En el caso enjuiciado nos encontramos ante una resolución del Consejo de Ministros que no acepta la propuesta formulada por el Fiscal General del Estado para cubrir un cargo de libre designación, respecto del cual la ley le concede facultades discrecionales para verificar el nombramiento y, por tanto, para rechazar una propuesta al respecto, ya que no existen diferencias con alcance y efectos jurídicos entre los cargos denominados de libre designación y los de nombramiento discrecional. La potestad de libre designación del Consejo de Ministros respecto del cargo de Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional resulta del artículo 36.1, en relación con el 13, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Pues bien,*

el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales [letra f) del artículo 54.1 de la LRJ"PAAC] consistiendo la singularidad en que tales nombramientos (o la denegación del nombramiento) se basan en la existencia (o inexistencia) de un motivo de confianza, que la autoridad facultada para la designación ha de tener (o no tener) en la persona designada (o cuya propuesta de designación se rechaza), relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento. La ley, cuando delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la Administración ejercite su potestad organizatoria, nombrando para los puestos de dicha clase a la persona en quien la autoridad competente estima que concurren las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que persigue, y que le ofrece una especial confianza para ello, circunstancias que lógicamente variarán según el momento en que se produzca el nombramiento y las personas que ejerzan la autoridad llamada a verificar tal nombramiento, que, en un sistema democrático, pueden pretender en momentos distintos de tiempo finalidades diferentes en razón de su ideología. De lo expuesto se deriva que, respetándose los elementos reglados en el nombramiento, la autoridad a que la ley confiere la facultad de libre designación para un cargo determinado pueda otorgar a una u otra persona su confianza para el desempeño del cargo, sin estar sometida al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto a otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona. A ello se añade la consideración de que la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado o no designado para un cargo no serían susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, que es el fundamento esencial del requisito de la motivación de los actos administrativos. La motivación de la resolución de no designar para un cargo de libre nombramiento a la persona propuesta (supuesto del presente litigio), que tendría que limitarse a una referencia a que las condiciones concurrentes en la persona rechazada no se estimaban suficientes por la autoridad competente para depositar en ella su confianza para el desempeño del cargo, según sus criterios sobre la dirección de la cosa pública, no se traduciría en una proposición con eficacia jurídica, no dejando de ser sino la simple expresión de la facultad discrecional que es el verdadero fundamento o motivación del acto administrativo. **QUINTO** El artículo 36 del Estatuto Orgánico

del Ministerio Fiscal ya mencionado, prescribe que el cargo de Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional se proveerá por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado. Siendo pues un cargo de libre designación o de designación discrecional del Gobierno, ya que no hallamos distinción entre uno y otro concepto, para el nombramiento a favor de determinada persona que reúna los requisitos legales oportunos, o para denegar el nombramiento a la persona propuesta por el Fiscal General del Estado, el Consejo de Ministros no tiene que invocar otra motivación que los preceptos legales que le conceden la facultad, que forma parte de la potestad organizatoria de la Administración, de verificar tal designación o de negarla con carácter discrecional. En el caso presente la denegación realizada lleva implícita la razón de que la persona propuesta no tenía la confianza del Consejo de Ministros en el momento en que se decidió sobre dicha propuesta, sin que entendamos necesario exigir como motivación una declaración puramente formal sobre tal circunstancia. Este criterio ya fue puesto de manifiesto por la Sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 mayo 1991 (RJ 1991\4120) (anterior a la promulgación de la LRJ"PAC), que, aceptando los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, expresa que, tratándose de un acto discrecional, la exigencia de motivación va ínsita en el mismo acto y estima la Sala que es suficiente la referencia a "las atribuciones que le han sido conferidas a la autoridad que dispone el cese" para estimar cumplido el requisito de la motivación; añadiendo que "si el nombramiento no hubo que motivarlo precisamente porque era discrecional y fue suficiente la referencia a las normas que lo autorizaron", lo mismo debe bastar para el cese. Entendemos que esta doctrina es aplicable después de la entrada en vigor de la LRJ"PAC, ya que, como hemos expresado, el nombramiento (o denegación de nombramiento) para un cargo de libre designación es una categoría singular de los actos discrecionales, en que la resolución administrativa, al invocar las normas que facultan para la libre designación, lleva implícita la motivación de que la persona designada (o rechazada) tiene (o no tiene) la confianza de la autoridad a quien la ley otorga la potestad para la libre provisión del cargo. En suma, hallándonos ante un nombramiento discrecional, la denegación del nombramiento a favor de determinada persona propuesta para el cargo no exige otra motivación "precisamente por su naturaleza discrecional, que implica el fundamento de la falta de confianza en la persona propuesta", que la mención de las normas que autorizan al órgano autor del acto (el Consejo de Ministros) para ejercitar tales facultades, mención que se verifica en el acuerdo

impugnado, con cita de los artículos 13, 36 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, lo que conduce a entender que dicho acuerdo se encuentra debidamente motivado a los efectos de los apartados a), c) y f) del artículo 54.1 de la LRJ"PAAC. Por otra parte, la resolución recurrida no se aparta del dictamen de un órgano consultivo [apartado c) antes señalado], ya que la propuesta del Pleno del Consejo Fiscal, documentada en acta de la sesión del día 1 de febrero de 1995, no constituye realmente un informe razonado de los motivos que la fundamentan, limitándose a exponer la intervención de algunos Vocales que destacaron los méritos concurrentes en el solicitante (méritos que la Sala no pone en duda) y reflejando el resultado de la votación (en el que se abstuvieron tres Vocales), por lo que el Excmo. señor Fiscal General del Estado informó al Pleno que haría la propuesta de nombramiento en favor de don Juan José B. de C., pero sin expresar las razones del Consejo, en cuanto órgano consultivo, que justificaban la propuesta. La consideración de que la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995, objeto de impugnación por la "Asociación de Fiscales", se encuentra debidamente motivada, dada su naturaleza, conduce a la desestimación de esta causa del recurso.>>

DECIMOCTAVO.- Pese a lo que acabamos de transcribir de la sentencia de 10 de enero de 1997, no podemos obviar que el cargo de Teniente Fiscal no es equiparable al de Magistrado, ni en cuanto a sus funciones ni en cuanto a los principios de unidad y dependencia jerárquica del Fiscal General del Estado, que no son predicables de los cargos judiciales .

Por otra parte la relación del Fiscal General con el Gobierno es una relación completamente distinta a la que pueda existir entre el Parlamento Autónomico y el Consejo General del Poder Judicial y tampoco la fórmula empleada por la Ley en uno y otro caso es la misma. La Ley Orgánica del Poder Judicial dice en su artículo 330.4 que el nombramiento se efectuará a propuesta del Consejo General del Poder Judicial **sobre** una terna presentada por la Asamblea legislativa. El nombramiento del Teniente Fiscal del Tribunal Constitucional corresponde al Gobierno, no sobre una terna presentada por el Fiscal General del Estado, sino previo informe del mismo (art. 36 del Estatuto Orgánico) de acuerdo con lo previsto en el artículo 13. Creemos que la expresión "sobre" delimita el ámbito de la discrecionalidad del Consejo, como ya apuntamos con anterioridad.

Sin perjuicio de lo que más adelante diremos podemos ya avanzar algunas reflexiones referidas a la sentencia que acabamos de citar. En el fundamento cuarto se habla de "potestad organizatoria" y de razones de confianza que variarán según el momento y las personas que ejerzan la autoridad para verificar el nombramiento y que pueden pretender finalidades diferentes en razón su ideología. Se está refiriendo claramente a motivaciones políticas.

Por otra parte, y más adelante incidiremos en la cuestión, fundamenta la no necesidad de motivación en que la libre designación es una categoría singular de los actos discrecionales y al mismo tiempo afirma que no halla distinción entre uno y otro concepto.

Pero es más, la sentencia citada viene a apoyar su tesis en los criterios establecidos en la citada de 18 de mayo de 1991 (Fundamento Jurídico quinto) que, ya hemos dicho, se refiere a un nombramiento en el ámbito de la Administración Institucional. La sentencia que cita también el Sr. Abogado del Estado de 20 de octubre de 2004, sobre nombramientos de Fiscales del Tribunal Supremo, y la de 30 de noviembre de 1999, nombramiento de Presidente de Audiencia Provincial, se fundamentan en la ya mencionada de 10 de enero de 1997.

DECIMONOVENO.- Continuando con en el análisis específico de la exigencia de motivación, hemos de mostrar nuestra discrepancia de la argumentación utilizada por el Sr. Abogado del Estado apoyándose en la sentencia de esta Sala de 10 de enero de 1997, y demás que cita, no sólo por no tratarse de idénticos supuestos, sino porque cabe señalar lo siguiente:

En primer lugar hemos de resaltar que el artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que "Los acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados". El precepto por su tenor no deja lugar a dudas.

No ofrece duda tampoco la aplicabilidad del apartado f) del artículo 54.2 de la L.R.J.A.P., partiendo del carácter discrecional del nombramiento por parte del Consejo General del Poder Judicial.

Conviene destacar, para resaltar la necesidad de la motivación, que la referencia a los actos discrecionales en el apartado f) es novedad de la Ley

30/1992, respecto a la precedente Ley de Procedimiento Administrativo, lo que evidencia una línea progresiva de racionalización y objetivación de la actividad administrativa, exigida por la plasmación en sede de ley ordinaria de las exigencias ligadas al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Como se dice en nuestra Sentencia de 18 abril 1990 (Sección 6.^a), la motivación «ante todo, y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo no es sólo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; además y en último término la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración -art. 106.1- que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios».

Es preciso insistir en el elemento de innovación que supone en nuestro ordenamiento jurídico el hecho de que el art. 54.1 de la Ley 30/1992 haya incluido entre los actos administrativos, para los que la Ley exige la motivación, «los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales», supuesto que no tenía correlato en el art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; pero que en realidad contaba en favor de esa exigencia con una sólida corriente doctrinal y jurisprudencial, Sentencias entre otras, del Pleno de este Tribunal en materia de nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial de 22 febrero y 29 septiembre 1988 y 16 enero 1989, a la que ya nos hemos referido anteriormente.

Explicitado ya en sede de Ley el nuevo supuesto de necesaria motivación, es a partir del encuadramiento del acto correspondiente en el ámbito del artículo 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 54.2 y párrafo f) del art. 54.1 de la Ley 30/1992, cuando debe operar la exigencia legal a él referida.

VIGESIMO.- El debate se centra también en la exigencia de la motivación, y en sí con la simple alusión a la falta de consenso y a la conveniencia de analizar la propuesta de la Cámara Legislativa Autónoma junto con otros nombramientos pendientes queda satisfecha aquella exigencia legal.

La Sala entiende que la citada argumentación contenida en el acta no se corresponde con lo que constituía el objeto del punto del orden del día que nos ocupa, la concurrencia en los candidatos de los requisitos del artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entendidos en los términos que anteriormente hemos descrito, y la valoración de los méritos de cada uno de ellos para a continuación proceder a la votación y nombramiento en su caso de uno de los candidatos; considerando en este punto la Sala que la motivación es de alguna manera contradictoria con la decisión tomada, ya que lo razonable parece que debiera haber sido, atendidos los argumentos utilizados, posponer la cuestión para un Pleno posterior; razón ésta que justifica que estemos ante una motivación contradictoria e insuficiente y por tanto ante una ausencia de motivación bastante y adecuada.

La respuesta negativa se impone pues tales alusiones omiten la expresión de las razones de hecho y de derecho que evidencien que el ejercicio de la potestad administrativa en el sentido en que se ejercitó, esto es, rechazándose la terna propuesta por el Parlamento Vasco, se adecua a criterios de razonabilidad y juridicidad.

La cita referida no tiene otro alcance que el de identificar una situación, pero la exigencia legal de motivación de los actos discrecionales no puede entenderse satisfecha con esa sola cita a una situación fáctica interna del Consejo.

La alusión a una falta de consenso en el Organismo que debe efectuar el nombramiento y a la conveniencia de analizar la propuesta junto con otros nombramientos pendientes, como única motivación del acto, no expresa sino un voluntarismo subjetivo, sin aporte alguno de racionalización objetiva.

No se facilita con tal modo de proceder la más mínima base para ponderar la causa del acto, la «seriedad en la formación de la voluntad de la Administración», ni para permitir «la posibilidad de criticar las bases en que se funda», por parte del administrado, o el control jurisdiccional.

La motivación debe ser lógicamente algo más que simples referencias procedimentales, que es lo único muy sucintamente aludido en el acta de la sesión que no en el acuerdo impugnado, lo que incluso podría llegar a plantear la duda de si estamos ante una desviación de poder, pero a esta cuestión nos referiremos más adelante.

Ha de concluirse así que el acto recurrido infringe las exigencias del art. 54.1, a) y f) de la Ley 30/1992, incurriendo por ello en un vicio de fondo, determinante de su anulabilidad, conforme a lo dispuesto en el art. 63.1 de la propia Ley.

VIGESIMOPRIMERO.- Discrepamos de la argumentación del Sr. Abogado del Estado, basada en la Sentencia de 10 de enero de 1997, en cuanto aquélla consiste en la afirmación básica de que el nombramiento denegado se refiere a un cargo de libre designación, respecto del cual el Consejo tiene facultades discrecionales; que «el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de actos discrecionales [letra f) del artículo 54.1 de la LRJ-PAC], consistiendo la singularidad en que tales nombramientos (o la denegación del nombramiento) se basan en la existencia (o inexistencia) de un motivo de confianza» y que la denegación realizada lleva implícita la razón de que la persona propuesta no tenía la confianza del Consejo en el momento en que se decidió sobre dicha propuesta, sin que se entienda necesario exigir como motivación una declaración puramente formal sobre tal circunstancia, y, en suma, que «ante un nombramiento discrecional, la denegación del nombramiento a favor de determinada persona propuesta para el cargo no exige motivación precisamente por su naturaleza discrecional, que implica el fundamento de la falta de confianza en la persona propuesta- y que la mención de la falta de consenso en el acto del Consejo es motivación suficiente.

No es acertado hablar en este caso de «*cargo de libre designación*»; ni tiene consistencia la configuración del nombramiento para esos cargos como una especie singular dentro de la categoría genérica de actos discrecionales, para desembocar en la modalización concreta de la motivación, en que se desemboca; ni, finalmente, la alusión a la relación de confianza del Consejo parece adecuada en su referencia a los cargos Jurisdiccionales.

Carece de base legal atribuir la calificación de «cargo de libre designación» del Consejo General del Poder Judicial a un cargo, para cuyo nombramiento la Ley exige que debe recaer sobre terna propuesta por el Parlamento Autonómico y respecto del que la Ley elude esa calificación, lo que

contrasta con otras normas legales, en las que de modo explícito se utiliza aquélla en los supuestos a que se refiere, art. 20.1, b) de la Ley 30/1984 , y de las que no puede trazarse un adecuado paralelismo con el supuesto sobre el que aquí se debate.

El que pueda existir un elemento final de discrecionalidad en el órgano que tiene atribuida la potestad legal para proponer el nombramiento por Real Decreto, no basta para poder considerar el cargo en cuestión como de «libre designación», cuando ésta viene restringida por la Ley en los términos que se señalaron .

Resulta además, la referida, una categoría extravagante en el marco estructural del Poder Judicial. Ni la Ley Orgánica ni el Reglamento de la Carrera Judicial habla de cargos de libre designación.

Negada la configuración del cargo sobre el que se debate como de libre designación, desaparece la oportunidad de aplicar a este caso la construcción doctrinal que pretende el Sr. Abogado del Estado, sobre este tipo de cargos, como especie singular dentro de la categoría genérica de actos discrecionales.

Pero en todo caso, tal construcción adolece de un exceso de voluntarismo pues no existe base legal para ella, y sobre todo para la conclusión final en la que se desemboca que es, prácticamente, la de exonerar al pretendido acto específico de la exigencia de motivación establecida para la categoría en que se integra, lo que se suple por la sola referencia a la falta de consenso interno del Consejo General del Poder Judicial.

Si el nombramiento para un cargo de libre designación fuera una especie de la categoría de actos discrecionales, la conclusión lógica es la de que, a menos que exista una norma legal de rango suficiente que modalice en algún sentido el régimen de la motivación de esta especie de actos, la inclusión en esa categoría sujeta al acto específico a las mismas exigencias de motivación, establecidas legalmente para toda la categoría.

No está de más destacar que la tesis del Sr. Abogado del Estado, en un plano doctrinal, supone incluso un paso atrás en una línea evolutiva sobre la exigencia de motivación de actos discrecionales, que tenía plausible manifestación en las Sentencias antes referidas del Pleno de este Tribunal de 22 febrero y 29 septiembre 1988 .

VIGESIMOSEGUNDO.- En cuanto al argumento utilizado también por el Sr. Abogado del Estado, al amparo del artículo 44 del Reglamento 1/86 del Consejo General del Poder Judicial, en el sentido de que a falta de que un candidato reúna los votos necesarios después de tres votaciones consecutivas se entenderá denegada la prepuesta que se devolverá al órgano competente para que formule otra nueva, hemos de señalar lo siguiente. La aplicación de tal precepto al caso que nos ocupa resulta, cuando menos, cuestionable, más aún si se pretende utilizar como fundamento de la facultad del Consejo de no nombrar a ninguno de los candidatos aún cuando reúnan los requisitos del artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Evidentemente, en los supuestos en que el Consejo General del Poder Judicial proceda a denegar el nombramiento a todos los candidatos incluidos en la terna en los supuestos a que se refiere el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial deberá pedirse al Parlamento Autónomico nueva terna, pero ello no porque sea de aplicación el artículo 44 del Reglamento 1/86 tal y como se afirma en el Acuerdo recurrido, sino porque ese es el único procedimiento lógico y razonable. Pero el artículo 44 del Reglamento 1/86, amén de ser una norma procedimental de la que no cabe inferir competencias y menos aún interpretarlo en el sentido de que del mismo resulta acreditada la naturaleza de libre designación de nombramientos como el que nos ocupa, no resulta de aplicación en los supuestos del artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial puesto que ya hemos dicho que de reunir los candidatos los requisitos establecidos en el precepto que acabamos de citar, el Consejo General del Poder Judicial resulta vinculado por la terna propuesta y debe proceder al nombramiento de uno de los tres candidatos.

El artículo 44 resulta únicamente de aplicación cuando nos encontremos ante ternas propuestas por la Comisión de Calificación en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 74 del Reglamento 1/1986.

Por otra parte la referencia a órgano competente y no a la Comisión de Calificación puede encontrar su explicación en una correcta técnica legislativa ya que a la citada Comisión no se hace referencia hasta el capítulo VII del Título II y el artículo 44 está ubicado en el capítulo IV. Una correcta interpretación sistemática del precepto en cuestión lleva necesariamente a esta conclusión. Una

interpretación distinta a lo que aquí se sostiene implicaría pervertir el fin perseguido por el Legislador y dar relevancia a una norma reglamentaria sobre otras de rango superior, ya que, como hemos dicho, únicamente puede denegarse el nombramiento, en casos como el que nos ocupa, y por tanto pedir a la Asamblea Legislativa Autonómica que formule nueva propuesta, en el supuesto de que ningún candidato cumpla los requisitos exigidos por el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a salvo, claro está, defectos procedimentales en la propuesta suficientemente relevantes.

VIGESIMOTERCERO.- En este punto hemos de recordar que ya hemos significado que el Consejo debe efectuar la propuesta de nombramiento "*sobre una terna presentada por la Asamblea Legislativa*" y que puede denegar el nombramiento cuando alguno de los candidatos no reúna las condiciones exigidas en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiendo solicitar que se formule nueva terna en el caso de que ninguno de los propuestos cumpla los citados requisitos o que se complete la terna en el supuesto de que tal circunstancia solo concorra en alguno de ellos.

Es importante recordar también lo ya dicho en el fundamento jurídico decimosegundo antes de poner de manifiesto que, si bien es cierto que la Comisión de Calificación, en ejercicio de la función que le viene atribuida por el artículo 75 del Reglamento 1/86, manifiesta que los tres candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa reúnen los requisitos para acceder a la plaza de referencia, el acuerdo de la Comisión de Calificación a que nos referimos lleva fecha de 25 de enero de 2005, ello en modo alguno puede considerarse constituya un obstáculo que impida al Pleno del Consejo General del Poder Judicial apartarse de dicho informe que en modo alguno puede considerarse vinculante. El Pleno del Consejo General del Poder Judicial puede asumir en todo o en parte el informe o disentir del mismo y en consecuencia reconocer o no a los candidatos propuestos la condición de juristas de reconocido prestigio con independencia del contenido del informe de la Comisión de Calificación, aunque eso sí con la debida motivación.

Precisado como lo ha sido en el mismo fundamento jurídico antes citado el alcance del concepto jurídico indeterminado "*jurista de reconocido prestigio*", esta Sala no puede compartir la tesis de la Asamblea Legislativa recurrente de

que dicha condición ha sido reconocida por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial a los tres candidatos incluidos en la terna. A tal conclusión no puede llegarse ni de la lectura del acta ni de los documentos obrantes en el expediente administrativo. Ya hemos dicho que las razones aducidas por los Vocales que se citan en el acta del Pleno no guardan relación con lo que debió constituir el objeto final del punto del orden del día que nos ocupa. En dichas manifestaciones nada se dice sobre los méritos de los candidatos ni sobre si ellos concurre o no la condición de jurista de reconocido prestigio y únicamente se valoran razones de oportunidad para proceder al nombramiento en el momento concreto en que el Pleno esta teniendo lugar, sin que se haya producido la defensa de ninguno de los candidatos, dice el acta, pero sin que conste tampoco intervención alguna en contra de ninguno de ellos. Concluir que de tales manifestaciones se deriva una decisión del Pleno sobre sí los candidatos incluidos en la terna cumplen o no los requisitos exigidos en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como ha sido interpretado por esta Sala, es cuando menos cuestionable y por tanto no puede asumirse la conclusión a que en este punto llega el Letrado de la Cámara Legislativa recurrente.

Tampoco puede llegarse a esa conclusión por el hecho de que en la sesión del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero de 2005 se haya procedido a efectuar cuatro votaciones. Tales votaciones respondían más a las razones aducidas por los asistentes y recogidas en el acta que a la concurrencia o no en los candidatos de los requisitos exigidos por el citado artículo 330.4, extremo éste que en modo alguno fue examinado por el Pleno.

Del mismo modo no permite aceptar como cierta la conclusión a que llega el Letrado de la Cámara Legislativa Autónoma recurrente el hecho de que el Sr. Abogado del Estado afirme "que deliberación y votación --donde el número de votos en blanco dió lugar a la mayoría--, pusieron de relieve, de una lado, que el Consejo General del Poder Judicial no negaba que los propuestos eran "juristas de reconocido prestigio" con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma" pues si bien esa afirmación se corresponde a la realidad, el no negar ab initio tal condición no conlleva necesariamente el reconocimiento de la misma. El Consejo General del Poder Judicial ni negó ni reconoció tal condición a los candidatos ni valoró tampoco los méritos que en ellos concurrían. Se limitó a denegar el nombramiento por simple razones de oportunidad.

Lo hasta aquí dicho nos lleva ya a poder afirmar en este momento que necesariamente hemos de rechazar al menos en parte las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda.

Ya hemos razonado anteriormente sobre la trascendencia de la propuesta del parlamento Autonomico y de la expresión "sobre una terna presentada por la Asamblea Legislativa" y a lo dicho anteriormente nos remitimos.

VIGESIMOCUARTO.- La última cuestión planteada por el recurrente a que hemos de dar respuesta es la de si el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, objeto del recurso, incurre en el vicio de Desviación de Poder , vicio que le imputa en cuanto considera que el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial recurrido desvela: *"a) Un obvio ninguneo de la voluntad expresada por el Parlamento Vasco que al parecer debe acomodarse a las apetencias del Organo de Gobierno del Poder Judicial, con lo cual el papel de la Asamblea Legislativa queda en una postura completamente devaluada. b) Una falta de respeto hacia la acreditada concurrencia en los candidatos de los requisitos debidos, pese a que, como consta en el expediente administrativo, la propia Comisión de Calificación del órgano dictaminó que los tres juristas podían acceder validamente a la plaza vacante. c) una oculta motivación para tal rechazo, no expresada, pese a que por descarte de razones la capacidad y méritos, ha de descansar en razones de confianza, proscritas por el mandato constitucional, como hemos razonado más arriba."*

Sin perjuicio de lo que ya dijimos en el fundamento jurídico vigésimo y si bien es cierto, como alega el recurrente, que la prueba de la desviación de poder no tienen porque ser una prueba directa, siendo suficiente que se acredite mediante presunciones, lo cierto es que en el caso que nos ocupa, el recurrente no solo no establece, como bien dice el Sr. Abogado del Estado, cual sea el fin desviado pretendidamente buscado por el Consejo General del Poder Judicial, sino que fundamenta esa desviación de poder en lo que en nuestra opinión, como ya hemos razonado y en eso coincidimos con el recurrente, es una errónea interpretación del ordenamiento jurídico y por tanto del alcance de la competencia del propio Consejo General del Poder Judicial.

VIGESIMOQUINTO.- Por todo lo expuesto, procede estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto y anular el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero de 2005 objeto del presente recurso contencioso administrativo acordando que el Consejo General del Poder Judicial debe pronunciarse motivadamente sobre la terna propuesta por el Parlamento Vasco. No concurren los requisitos del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional en orden a una expresa condena en costas debiendo en consecuencia cada parte soportar las por ella causadas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación ,

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Pedro Rodriguez en representación del Parlamento Vasco y debemos anular y anulamos el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero de 2005 por el que se dispone la devolución al Parlamento Vasco de la terna por éste formulada para cubrir vacante por el turno de juristas de reconocido prestigio en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, debiendo el Consejo General del Poder Judicial pronunciarse motivadamente sobre dicha terna. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, firme lo pronunciamos, mandamos y firmamos

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:29/05/2006

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. AGUSTÍN PUENTE PRIETO y D. EMILIO FRÍAS PONCE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO Nº 137/2005.

PRIMERO.- Con todo respeto a la posición mayoritaria de la Sala discrepamos de la argumentación contenida en la sentencia en lo que respecta a la ausencia de motivación que declara, pues estimamos que en el presente caso se ha cumplido con el deber de motivación que el art. 137.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los órganos del Consejo, por lo que el recurso debió ser desestimado.

En efecto, basta la lectura del Acuerdo impugnado para apreciar que existió motivación, al expresarse en el mismo que:

"Sometida a votación la terna de candidatos propuesta por el Parlamento Vasco para cubrir la vacante correspondiente al turno de juristas, producida en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (por jubilación de D. José María Satrústegui Martínez), y sin que ninguno de los propuestos alcanzase sucesivamente el número de votos suficientes para resultar nombrado, procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder

Judicial, devolver la expresada terna al Parlamento Vasco, a fin de que formule otra nueva."

Por otro lado, no puede cuestionarse que no se votara la propuesta de la provisión de la plaza, aunque es cierto que, como consta en el acta de la sesión, tuvo lugar sin la defensa de ninguno de los candidatos integrantes de la terna, pues en el debate se planteó sólo la cuestión formal relativa sobre quien debía presentar al Pleno la propuesta. Para unos correspondía a la Comisión de Calificación, para otros podía hacerlo un Vocal a título particular, determinando todo ello que uno de los vocales manifestase que votaría en blanco al estar de acuerdo con la primera postura.

La sentencia se centra sólo en el debate que se produjo sobre la cuestión formal, y se olvida que existió votación sobre la propuesta de la provisión, con el resultado final de la devolución de la misma al Parlamento al no alcanzarse la mayoría exigida.

SEGUNDO.- Han de ponerse de manifiesto 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.

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.

TERCERO.- Tampoco cabe olvidar la reiterada doctrina de la Sala sobre las peculiaridades y singularidades de la motivación de los nombramientos discrecionales de cargos judiciales.

Así 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, declara, en su fundamento de derecho quinto, 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 Organo 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 Organo 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 Organo Colegiado, no a una persona singular, y que es dicho Organo 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 de los candidatos, apreciada por el Consejo.

Al igual que en la reciente sentencia de este Pleno que resolvió el recurso 309/2.004, 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) en aquella sentencia, 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 encomendársele. 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".

El Parlamento Vasco recurrente reconoce en su demanda que la propuesta de la terna por él formulada tenía un "cariz político", tomando en consideración el "factor ideológico", habiendo ejercido "su discrecionalidad de carácter político a la hora de seleccionar la terna de candidatos" (folios 8 y 9 del escrito de demanda). Con ello paladinamente admite que no se acomodó a los criterios de mérito y capacidad ofreciendo la terna de los más idóneos para acceder a la carrera judicial, como exige el artículo 301 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CUARTO.- El único motivo que podría determinar el sentido del fallo de la mayoría sería la inaplicación al presente caso de lo dispuesto en el art. 44 del Reglamento 1/86 del Consejo, pero no puede dudarse de su cobertura legal.

Ante la solución patrocinada por la mayoría de esta Sala, cabría preguntarse qué es lo que sucedería si los Vocales del Consejo mantuviesen sus posturas y triunfase nuevamente el voto en blanco. Nos encontraríamos con que se habría dictado una sentencia de imposible ejecución, al no poderse imponer el voto afirmativo o negativo, ya que tanto la abstención como los votos en blanco son opciones perfectamente legítimas.

Por las razones expuestas, estimamos que el recurso debió ser desestimado, reiterando nuestro respeto a la opinión mayoritaria.

Madrid, a 29 de Mayo de 2006.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia juntamente con el voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Manuel Sieira Miguez, estando la Sala Tercera del Tribunal Supremo celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha , de lo que como Secretario, certifico.