

# Jurisprudencia sobre el acceso al cargo de Magistrado suplente y Juez sustituto

(Artículo 201.3 LOPJ y 131.5.ª del Reglamento 1/1995, de 7 de junio)

POR

JOSE BONET NAVARRO

Doctor en Derecho. Ayudante de Derecho Procesal.  
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ALGUNAS CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL. 1. Posibilidad de nombramiento de magistrados suplentes en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional. 2. Legitimación de Asociaciones de Jueces y Magistrados para impugnar acuerdos de nombramiento relativos a Magistrados suplentes o Jueces sustitutos. 3. Falta de interés para recurrir. 4. Sobre la condición de Abogado ejerciente en el momento de finalización de la convocatoria. 5. Sobre la pretendida suspensión de la ejecución del Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se nombran Jueces sustitutos y Magistrados suplentes.—III. LA AFIRMADA «DISCRECIONALIDAD» DEL ACUERDO DE NOMBRAMIENTO.—IV. LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD: RESPETO A LAS PREFERENCIAS Y MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN. 1. Respeto a las preferencias. 2. La motivación de la decisión.—V. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN: VIABILIDAD.—VI. CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACIÓN.

## I. INTRODUCCION

La única previsión que se realiza en orden al acceso en concurrencia de los magistrados suplentes y jueces sustitutos se contempla en el artículo 201.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En todo caso, se ha de contar con las previsiones contenidas en el punto 2 del mismo, es decir, que necesariamente han de renuir las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera judicial, excepto las derivadas de la jubilación por edad, con el límite de 72 años, así como con la exigencia de contar con quince años de experiencia jurídica para el caso de que se trate del Tribunal Supremo. Y cumplidas tales exigencias, dice el citado artículo 201.3 LOPJ que «tendrán preferencia los que hayan desempeñado funciones judiciales o de Secretarías Judiciales o de sustitución en la Carrera Fiscal, con aptitud demostrada o ejercido profesiones jurídicas o docentes, siempre que estas circunstancias no resulten desvirtuadas por otras que comporten su falta de idoneidad. En ningún caso recaerá el nombramiento en quienes ejerzan las profesiones de abogado o procurador».

El artículo 131.5.ª del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, repite que «tendrán preferencia los concursantes que hayan desempeñado funciones judiciales o de Secretarios Judiciales o de sustitución en la Carrera Fiscal, con aptitud demostrada o ejercido profesiones jurídicas o docentes, siempre que estas circunstancias no resulten desvirtuadas por otras que comporten su falta de idoneidad».

Más o menos creemos entender del tenor literal que lo único previsto en la regulación es que, en caso de concurrencia de solicitudes, «tendrá preferencia» quien tenga experiencia profesional o docente en materias jurídicas frente a quien no cuente con la misma. En cambio, respecto a quien sí cuente con la repetida experiencia la preferencia ya no opera, con independencia de que ésta haya consistido en «funciones judiciales o de Secretarios Judiciales o de sustitución en la Carrera Fiscal, (...) o profesiones jurídicas o docentes»; y hasta incluso sin que en principio tenga relevancia en tal caso la cantidad y la calidad de la función o profesión desempeñada.

Y así es como, efectivamente, ha venido entendiéndose por los diversos pronunciamientos judiciales. La interpretación jurisprudencial se corresponde, en efecto, con el tenor literal de los mismos, sin atender a otros criterios que, quizás, podrían matizar en el caso concreto.

En la práctica se trata de un problema de mínimos, los generales y los complementarios. Así, quien cuente con los requisitos generales para acceder y no supere los límites de edad, y además cuente con los complementarios, es decir, con experiencia jurídica, estará en condiciones de ser propuesto conforme la discrecionalidad de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Quien no tenga los generales no podrá acceder; quien no tenga los complementarios tendrá como preferentes a quien sí tenga experiencia. Así, como decimos, quien tenga unos y otros, como no se ha previsto baremo alguno, no importará que concurren otros concursantes eventualmente con mayores méritos objetivos.

Vamos a omitir la valoración que nos merece esta doctrina jurisprudencial, actividad que aplazamos a otro momento. Nos limitaremos simplemente a reflejar, sistemática y seleccionadamente, los pronunciamientos más importantes y recientes sobre la materia. El objetivo no es otro que poner de manifiesto la jurisprudencia para que, en la práctica, cualquiera que no esté de acuerdo con el resultado de un hipotético concurso pueda predecir con algún fundamento el posible éxito. Por eso vamos a transcribir sentencias relativas a impugnaciones de acuerdos del Consejo General del Poder Judicial resolutorios de concursos de provisión de plazas de nombramiento de jueces sustitutos y, sobre todo, de magistrados suplentes, fijándonos principalmente en la «revisión» sobre la decisión o no de nombramiento.

## II. ALGUNAS CUESTIONES DE CARACTER GENERAL

### 1. Posibilidad de nombramiento de magistrados suplentes en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional

Las posibles dudas sobre la posibilidad de que se realice nombramiento de magistrado suplente en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional las resuelve la

STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 de diciembre de 1997 (véase asimismo STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 24 de enero de 1997) cuando afirma que:

«En primer lugar debe señalarse que la interpretación excluyente de la figura del Magistrado suplente en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional, que en la demanda se atribuye, al artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede afirmarse que siga el criterio básico imperante en la Ley Orgánica de 1870, según se afirma, pues, como hace notar el Abogado del Estado, dicha Ley admitía en su artículo 79, aunque con carácter ciertamente restrictivo, la existencia de Magistrados Suplentes en el Tribunal Supremo.

En cualquier caso, la cuestión sometida a enjuiciamiento ha sido ya resuelta por sentencia de esta Sala de 24 enero 1997 (...). Viene a declarar la citada sentencia que el hecho de que el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aludiera solamente a las Audiencias Provinciales y a los Tribunales Superiores de Justicia al referirse a la posibilidad de que Magistrados suplentes se integren en las Salas de dichos órganos jurisdiccionales, no es obstáculo para entender que también puedan actuar dichos Magistrados suplentes en la Audiencia Nacional, dado que el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1987, por el que se establece la reglamentación sobre Jueces en régimen de provisión temporal, Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, establece en su Disposición Adicional que «cuando por circunstancias excepcionales y atendidas las necesidades del servicio, se solicitare del Consejo General del Poder Judicial el nombramiento de Magistrados suplentes para el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional o el Tribunal Central de Trabajo, podrá autorizar dicho nombramiento en los términos y por el procedimiento establecido en el presente Acuerdo», disposición ésta cuya validez proclama la propia sentencia destacando al efecto el hecho de que cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial establece el régimen transitorio aplicable al caso —Disposición Transitoria decimosexta—, ordena que las Salas de Gobierno hagan nueva propuesta de Magistrados suplentes, «cumpliendo lo establecido en la misma» (se refiere a la propia Ley Orgánica), pero sin hacer «la más mínima alusión a que se excluya a dos de las Salas de Gobierno (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) que hasta la entrada en vigor de la expresada Ley podían formular propuestas de nombramiento». Declara también la referida sentencia que dados los términos en que los artículos 326 y 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la posibilidad de que una Sala haya de completarse con Magistrados suplentes, hubiera sido necesaria «una exclusión expresa de la Audiencia Nacional en la Ley Orgánica del Poder Judicial al regular en ésta la actuación de los Magistrados suplentes para poder entender que dichos Magistrados no pueden integrar la Sala del referido órgano jurisdiccional», sin que, por otra parte, en la tabla derogatoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial se haga ninguna mención específica de los indicados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por último, señala la sentencia de constante cita que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 16/1994, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, se declara en relación con el problema que se viene examinando que «En punto al nombramiento de Magistrados suplentes, y con el fin de despejar dudas de legalidad, la Ley recoge explícitamente la interpretación del artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial mantenida hasta ahora constantemente por el Consejo General del Poder Judicial en sus disposiciones generales, nombramientos y actos de resolución de recursos, en el sentido de que la facultad de nombramiento de Magistrados suplentes at-

canza al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional', lo que pone de manifiesto que el legislador viene a entender como correcta, y la recoge en la nueva redacción de la Ley, la interpretación que venía manteniendo el Consejo General del Poder Judicial, por lo que, concluye la sentencia, no puede afirmarse que la Disposición Adicional del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1987 no se ajuste a la Ley Orgánica del Poder Judicial al prever el nombramiento de Magistrados suplentes que se cuestionaba.»

## 2. Legitimación de Asociaciones de jueces y magistrados para impugnar acuerdos de nombramiento relativos a magistrados suplentes o jueces sustitutos

En un momento inicial se había negado la legitimación por considerar que faltaba un interés legítimo. Señala la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 1996, que:

«El interés que se invoca por la entidad recurrente para fundar su legitimación no puede encontrar acogida en los fines que especifica el número 2 del artículo 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para las Asociaciones Profesionales de Magistrados y Jueces entre los que se alude 'a la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos sus aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general... 2, si se tiene en cuenta que las personas inmediatamente afectadas por el acto que se recurre, es decir aquellos a quienes sustituyeron las personas cuyos nombramientos fueron impugnados, no eran, ni podían ser miembros de la Asociación recurrente, dado que según el artículo 298.2 LOPJ, las funciones jurisdiccionales que, en su caso, podrán ejercer los Jueces Sustitutos, habrán de serlo con carácter no profesional y sin pertenecer a la Carrera Judicial. Ni se alcanza a ver de qué manera pueda verse afectada la carrera profesional de los miembros de la Asociación Judicial recurrente, porque sean unas personas, no pertenecientes a la misma, y no otras, quienes por ocupar unos cargos judiciales como suplentes, lleguen a ejercer funciones jurisdiccionales. Sin que quepa aplicar al caso la doctrina que se sentó por este Tribunal en el auto de 3 de febrero de 1994, luego reiterada en la sentencia del 28 de junio siguiente, en que se reprodujo la misma cuestión, a la que alude la Abogacía del Estado al evacuar la audiencia sobre posible inadmisibilidad, pues en estas resoluciones se entendieron concernidos de un modo directo los intereses profesionales de las Asociaciones Judicial y Fiscal entonces recurrentes a la vista, en el primer caso, de que la legalidad del nombramiento del Fiscal General, que entonces se discutía, producía ese efecto por ser el Ministerio Fiscal el defensor de la independencia de los Tribunales —artículo 124.1 de la Constitución— y considerarse al valor independencia esencial para el ejercicio profesional de la función judicial, y respecto de la Asociación Fiscal entonces actuante, porque se entendió que el problema que allí se cuestionaba afectaba al Estatuto Jurídico Básico de la profesión fiscal; aspectos mucho más trascendentes que el que ahora se discute y en los que no encajan los intereses profesionales que alega la Unión Judicial recurrente en este juicio. No pudiendo tampoco equiparar el caso actual, al que fue resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 1987, recogida en las resoluciones citadas por la Abogacía del Estado, pues en aquélla se dilucidaba la legitimación de una Asociación de Fiscales para impugnar un Decreto de nombramiento

de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, y si se estimó existente tal legitimación, ello se debió a entender que el nombramiento de ese cargo incidía directamente en el interés profesional de los Fiscales, pues era una manifestación de legítimas expectativas de promoción profesional de aquéllos, lo que ahora no es el caso, ya que, los puestos de Jueces y Magistrados suplentes son ajenos a las posibilidades de promoción de los Jueces profesionales en activo, únicos potenciales integrantes de las Asociaciones Judiciales.

**TERCERO.**—Hay en definitiva que entender, que el difuso interés en el cumplimiento de la legalidad en el sentido que patrocina la Unión Judicial Independiente, no justifica su intervención como parte en el actual proceso, por lo que procede declarar la inadmisibilidad del recurso. Sin que se aprecien motivos para una condena por las costas procesales causadas.»

No obstante estas consideraciones iniciales, con posterioridad la STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 22 de diciembre de 1997, (véase asimismo STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 24 de enero de 1997), ante la impugnación por parte de la Asociación Profesional de la Magistratura del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 24 de febrero de 1993, por el que se convoca concurso público para cubrir plazas de Magistrado suplente del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, afirma la legitimación de la Asociación Profesional de la Magistratura para impugnar el acuerdo en cuanto manifiesta que:

«Debe resolverse en el sentido de reconocer a la Asociación recurrente legitimación para interponer el recurso, habida cuenta de que entre los fines estatutarios de dicha entidad figura el de defender y velar por los intereses y derechos profesionales de todos sus asociados y, en general, de los miembros del Poder Judicial, sirviendo de cauce a las pretensiones de los mismos, aspectos que deben entenderse concernidos por la convocatoria para la designación de Magistrados suplentes, objeto del recurso.»

## 3. Falta de interés para recurrir

También se ha pronunciado sobre la falta de interés para impugnar el nombramiento de otra persona, a pesar de que ésta haya podido esgrimir el mismo nombramiento en un concurso de profesorado universitario en concurrencia con el impugnante. Y ello porque en el concurso de méritos del que el recurrente trataba de derivar su interés para recurrir y, por ello, su legitimación activa, había concluido definitivamente en vía administrativa antes del nombramiento como Magistrado suplente de su oponente en el concurso, de manera que este nombramiento ninguna influencia podía tener para resolver el mismo. Afirma sobre ello la STS, Sala 3.ª, 3 de octubre de 1997 que:

«El concurso de méritos al que según se ha expuesto liga su legitimación el actor, fue convocado el 17 de julio de 1991 y había definitivamente concluido, en fase administrativa, cuando la Comisión de Reclamación se pronunció sobre las impugna-

ciones suscitadas por el tan citado señor L.-H., los días 29 de enero y 22 de marzo de 1993. De modo que en nada podría beneficiar al recurrente una sentencia derivada del proceso del que ahora se conoce, que se pronunciará sobre hechos posteriores al concurso, y, por tanto ajenos a los recursos judiciales que en relación al mismo según el actor se seguían, dado que según lo antes relacionado, los acuerdos se refirían al año judicial 93/94. De ahí que en relación a dichos acuerdos es patente la falta de legitimación del recurrente.

Cuarto. En cuanto al acuerdo del Pleno de 7 de julio de 1993, es cierto que alude a una denuncia por incompatibilidad formulada por el hoy actor tanto ante la Audiencia Nacional, como ante el Consejo General del Poder Judicial, referente al año judicial 92/93, y que conforme al artículo 23.c) del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 15 de julio de 1987, por el que se establece la reglamentación sobre Jueces en régimen de provisión temporal, Magistrados suplentes y Jueces Sustitutos, podía determinar el cese del oponente en el concurso para Profesor de la UNED, señor L.-H., con el consiguiente beneficio para el actor, pero no lo es menos que según el contenido del expediente, la denuncia en cuestión aparece presentada en fecha 8 y 11 de marzo de 1993, ante la Audiencia y 14 y 22 de junio de ese año ante el Consejo General del Poder Judicial, por lo que es lógico pensar que por rápida que hubiera podido ser la tramitación del consiguiente expediente que, según el precepto citado, debía seguirse para llegar al cese (se exige sumaria información con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal), es claro que el pronunciamiento al efecto necesariamente habría sido posterior a los actos de la Comisión de Reclamación, de 29 de enero y 22 de marzo de 1993, que cerraron la fase administrativa. De ahí que en absoluto podían tales circunstancias haber sido tenidas en cuenta por la Administración, a efectos de decidir el concurso dadas las fechas de su finalización en fase inclusiva de reclamación. Y no se diga que pudieron influir en la subsiguiente fase judicial, ya que según se deduce del contenido de la antes nombrada sentencia del recurso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 497/1993, este proceso había versado sobre la forma de constitución de la Comisión Calificadora, considerada inválida por la Comisión de Reclamación con el fundamento de no haberse respetado los plazos. Por otro lado es difícilmente sostenible que el cese por incompatibilidad, que es cuestión de legalidad ordinaria, pudiera haber influido en el contenido del proceso, que según el actor también se seguía sobre el concurso, por el cauce de la Ley 62/1978, de Protección de Derechos Fundamentales, cuyo seguimiento sólo consta por afirmación del actor, negada por la Abogacía del Estado.»

#### 4. Sobre la condición de abogado ejerciente en el momento de finalización de la convocatoria

Actualmente, la problemática suscitada por la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 2 de marzo de 1996, por la que se excluye a un concursante por encontrarse como abogado ejerciente en el momento de finalización de la convocatoria, está completamente superada. El punto g) de la base 4.ª, del artículo 131.2 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio prevé expresamente que las solicitudes y documentos que las acompañan habrán de contener inexcusablemente «compromiso de darse de baja como ejercien-

te en los Colegios de Abogados o Procuradores correspondientes en el plazo de ocho días a contar desde el día siguiente al de publicación de su nombramiento en el Boletín Oficial del Estado». Antes de este precepto, sin embargo, la sentencia citada había dicho que:

«Para poder determinar si dicha causa era o no impeditiva del nombramiento pretendido, obligado resulta examinar el marco legal en el que debe encuadrarse la convocatoria del concurso. Referencia imperativa es el artículo 201.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en la redacción vigente en la fecha de aquélla— en cuanto después de señalar, en relación con el cargo de Magistrado suplente, que tendrán preferencia los que 'hayan desempeñado' funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias, dispone que 'En ningún caso recaerá el nombramiento en quienes ejerzan las profesiones de Abogado o Procurador'. El desarrollo reglamentario del régimen de Jueces de provisión temporal, Magistrados Suplentes y Jueces sustitutos se produce por Acuerdo del Pleno del Consejo General de 15 de julio de 1987 en cuyo artículo 10 se establece que sólo podrán tomar parte en el concurso quienes al finalizar el plazo para la presentación de solicitudes reúnan, en lo que ahora importa, el requisito de 'no hallarse en el ejercicio de las profesiones de Abogado o Procurador', previsión que, lógicamente, se trasladó a las bases —según— de la convocatoria del concurso de que se trata, sin que la misma fuese cuestionada en ningún momento por el interesado. (...) Las bases de la convocatoria constituyen la ley del concurso que vinculan tanto a la Administración convocante, como a quienes son convocados y las acatan, solicitando tomar parte de la misma, al no haberlas impugnado. No se opone a esta consideración las alegaciones realizadas por el recurrente en los postrosos escritos de 19 de diciembre de 1994 y 24 de marzo de 1995, en el sentido de que en idénticas convocatorias a la ahora cuestionada, pero referidas a los años judiciales 1994-1995 y 1995-1996, la prohibición de 'no hallarse en el ejercicio de las profesiones de Abogado y Procurador', se matiza con las salvedades de entender cumplido dicho requisito a 'quienes manifestasen que, para el caso de ser nombrados, se darán de baja como ejercientes en los Colegios respectivos en el plazo de ocho días siguientes a la fecha de publicación de su nombramiento en el Boletín Oficial del Estado'. Dichas convocatorias, sin embargo, en nada desvirtúan lo dicho hasta ahora, ya que, aparte de que la última de ellas ha sido anunciada después de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre que modifica el régimen de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos, en todo caso, la posibilidad de los profesionales de darse de baja como ejerciente en su respectivo Colegio después de ser nombrados, ni estaba prevista en las bases de la convocatoria que ahora nos interesa ni, en modo alguno, podía inferirse de las bases en cuestión, que sólo autorizaba a tomar parte en el concurso a quienes 'al finalizar el plazo para la presentación de solicitudes' reúnan, entre otros, el requisito de 'no hallarse en el ejercicio de las profesiones de Abogado y Procurador', situación en la que no se encontraba incurso el recurrente, al estar dado de alta como ejerciente en el Colegio de Abogados de Madrid en aquella fecha, momento en el que, conforme a la indicada base segunda de la convocatoria —repetimos, no cuestionada— debían reunirse los requisitos para tomar parte en el concurso.»

### 5. Sobre la pretendida suspensión de la ejecución del Acuerdo del Pleno del CGPJ por el que se nombran Jueces sustitutos y Magistrados suplentes

Rotundo se ha mostrado el Tribunal Supremo al negar la petición de suspensión del acuerdo. El ATS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 de febrero de 1998, considera que no ha lugar a la suspensión de la ejecución del Acuerdo de 8 de julio de 1997 de la Comisión Permanente de la del Consejo General del Poder Judicial, por el que se resuelve concurso convocado para la provisión de plazas de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos para el año judicial 1997-1998. Y para ello razona que:

*«SEGUNDO.—La suspensión de la ejecución de los actos administrativos, como medida cautelar a adoptar durante la tramitación del proceso en que se impugnan, supone siempre tomar en cuenta la intensidad con que el interés público reclama la inmediata ejecución, frente al interés particular del recurrente de dilatar la referida ejecución hasta que el litigio por él iniciado haya sido definitivamente resuelto por los Tribunales de Justicia, siendo dato fundamental a considerar el hecho de que la ejecución haya de producir al interesado daños o perjuicios de imposible o difícil reparación (artículo 122.2 de la Ley de la Jurisdicción). En el caso que enjuiciamos se trata del nombramiento de Jueces sustitutos para los Juzgados de Tolosa, cuya suspensión de la ejecución postula doña María Sol G. M. al impugnar los señalados nombramientos, en los que ella no ha sido incluida. Fácilmente se advierte que el interés general de que no se altere ni se detenga el funcionamiento de los Juzgados de Tolosa, para lo cual es indispensable que se acuda a los Jueces sustitutos designados en el acuerdo impugnado, exige que se deniegue la medida cautelar solicitada. (...) Se hace referencia a que la señora G. M. tenía intención de acceder a la Carrera Judicial por medio del denominado 'cuarto turno', por lo que la negativa del Consejo a nombrarla Juez sustituta hace prácticamente inviable este futuro profesional, en opinión de la demandante, pero este daño que la interesada alega sería, en su caso, una consecuencia del acto impugnado, no de su ejecución, por lo que no puede ser tenido en cuenta a este efecto. Finalmente se mantiene que al cubrirse las plazas de los Juzgados de Tolosa por terceras personas, como Jueces sustitutos, será imposible restablecer en su puesto a la recurrente si llegase a obtener una sentencia favorable a su pretensión, pero en tal supuesto los daños y perjuicios que la ejecución del acto impugnado hubiese podido causar serían perfectamente indemnizables, si el resultado del proceso lo hiciese procedente, y, en todo caso, deben ceder al interés público que exige la ejecución del acto.»*

### III. LA AFIRMADA «DISCRECIONALIDAD» DEL ACUERDO DE NOMBRAMIENTO

El punto clave de la doctrina jurisprudencial sobre el acceso al cargo de magistrado suplente y Juez sustituto se centra en el punto de la afirmada «discrecionalidad» del acuerdo de nombramiento. Sobre este punto la jurisprudencia ha evolucionado tímidamente, desde la idea de que la decisión es fruto de la pura discrecionalidad o, con el mismo sentido, pero matizando que se trata de una discrecionalidad «limitada» por algunos aspectos reglados, hasta llegar a insistir en la necesaria motivación de las de-

cisiones, lo que de algún modo roza, aunque sea sin tocar, la idea de que se trata de una decisión «reglada».

Sobre la idea de la discrecionalidad pura es paradigmático el voto particular dado a la STS, 22 de febrero de 1988, cuando dice que:

*«En los nombramientos de Magistrados suplentes se requiere, de conformidad con los artículos 200 y 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 152.2.3.º y 127.3 del mismo texto legal, que concurren unos requisitos formales reglados —convocatoria del concurso, solicitud del interesado, propuesta motivada de la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial, decisión por el órgano competente— y otros de fondo también reglados, unos de carácter positivo —reunir las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera Judicial y sometimiento a la norma de preferencia que el artículo 201.3 establece disyuntivamente en favor de los que hubieren desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias—, y otro de carácter negativo —que el nombramiento no recaiga en quienes ejercen la profesión de abogado y procurador—, pero el acto se convierte en discrecional respecto de los solicitantes que cumplan esos requisitos y reglas de preferencia, cuya concurrencia no determina necesariamente el nombramiento, puesto que ha de apreciarse y valorarse otros de carácter discrecional —méritos, experiencia profesional, edad, etc.—, correspondiendo al Consejo decidir cuáles deben ser valorados para el mejor logro del interés público, cómo ha de hacerse la valoración y sobre quiénes ha de recaer el nombramiento, carácter parcialmente discrecional que implícitamente se les reconoce puesto que no se niega la competencia del Pleno para efectuarlos, habida cuenta que si fueren íntegramente reglados serían de la competencia de la Comisión Permanente de acuerdo con el artículo 131.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»*

Por ello, continúa diciendo que:

*(...) Los actos impugnados no se encuentran entre los que deben ser motivados, con mayor razón si se tiene en cuenta su amplio contenido discrecional. (...)*

*QUINTO.—En consecuencia, estimamos que debiera haberse resuelto la cuestión de fondo, pues siendo mayor el número de plazas convocadas que el de nombramientos efectuados, la estimación del recurso, de reputarse procedente, era perfectamente posible, decisión de la que también habríamos discrepado por entender que la concurrencia de un motivo de preferencia no determina necesariamente el nombramiento, ya que pueden existir otras circunstancias de apreciación discrecional por el Consejo —edad, méritos, etc.—, que lo hagan improcedente, sin que en este caso se haya acreditado una apreciación inadecuada por el Consejo de las mismas o en su indebida valoración.»*

La idea de la discrecionalidad, formalmente no pura en algunos aspectos se mantiene como opinión general. Ahora bien, en realidad, como decíamos, aunque se deban respetar unos mínimos requisitos, en el fondo se viene a reconocer como una verdadera discrecionalidad. Así, por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 5 de marzo de 1990, afirma que:

*«Conforme se desprende de la armónica interpretación del artículo 127.3 en relación con los 131.3, 152.2.3.º, 200 y 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 la potestad atribuida al Consejo General del Poder Judicial de efec-*

tuar nombramientos de Magistrados Suplentes en las Audiencias para cada año judicial es una potestad discrecional, aunque no puramente discrecional, puesto que aparte de estar detalladamente reglada en aquellos aspectos en que suele estarlo toda potestad discrecional, es decir, su propia existencia, la extensión de la misma, la competencia para ejercerla, su fin y el tiempo y la forma de su ejercicio, de entre los que destaca la precisión de hacer los nombramientos a propuesta motivada de la correspondiente Sala de Gobierno con expresión de las circunstancias personales y profesionales que en las personas propuestas concurren, en el fondo también lo está aunque no totalmente, circunstancia ésta que le hace conservar su discrecionalidad, de la que no gozaría de estar íntegramente reglada en cuanto al mismo. En efecto, aunque en el artículo 200 párrafos 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece un requisito de imprescindible concurrencia para efectuar los nombramientos —sólo cuando el candidato reúna las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera Judicial— se disponga una preferencia al efecto —haber desempeñado el supuesto funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias— y se determine una causa de exclusión —ejercer el mismo las profesiones de Abogado o Procurador—, con ello no pueden entenderse agotados todos los requisitos necesarios para obtener el nombramiento, ya que la exigencia de que la propuesta de la Sala de Gobierno deba ser motivada con expresión de las circunstancias personales y profesionales de los propuestos supone evidentemente una reserva al juicio subjetivo del Consejo General del Poder Judicial para valorar estas circunstancias a fin de que los nombramientos sólo recaigan sobre quienes, además de reunir las condiciones necesarias para ingresar en la Carrera Judicial, gozar en su caso de preferencia y no estar incurso en causa de exclusión, se hagan acreedores de ellos por sus conocimientos, experiencia, laboriosidad, asiduidad u otros méritos, sin demérito alguno, lo cual no es sino una traslación al caso concreto de todo nombramiento judicial, sea permanente o provisional, en que no simplemente se tienen en cuenta las preferencias, las incapacidades y las condiciones generales de ingreso.»

En esta línea, la STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 de diciembre de 1997, mantiene que la valoración de los méritos es libre por parte de los órganos gubernativos.

«La valoración de los méritos de los concursantes, en un proceso de selección de personal, corresponde, salvo excepciones, a la libre estimación de los Organos administrativos o gubernativos que han de efectuar la selección, en virtud de potestades discretionales de conveniencia, utilidad o eficacia, sin que Jueces y Tribunales puedan suplir criterios técnicos por otros que necesariamente habrían de ser jurídicos y que no tendrían mayores posibilidades de acierto, ya que ello equivaldría a invadir una esfera de apreciación que, si es técnica, no les corresponde, por ser tales criterios más propios de la Administración, que parte de hechos y de bases conocidos por ella, que de los Organos Jurisdiccionales, aunque salvadas haya, tal como resulta, por ejemplo, de sentencias del Tribunal Constitucional como la de 14 noviembre 1991 y del Tribunal Supremo como las de 29 de julio de 1994, 5 de julio de 1995 y 19 de julio de 1996, que también aluden a otras de similar contenido, con mayor razón aplicables cuando la discrecionalidad se proyecta sobre procedimientos de selección de personal, al margen de que aquí los recurrentes ni siquiera indican cuáles son sus 'mejores méritos' con relación a los de los que resultaron nombrados, todo lo cual ha de determinar la desestimación del recurso.»

Componente íntimamente unido a la discrecionalidad de la decisión, se encuentra en la ponderación de la hipotética falta de idoneidad del candidato, no obstante pueda contar con méritos preferentes. Sobre ello la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 26 de septiembre de 1990, pone de manifiesto que:

«La facultad de elección, conferida por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al Consejo General de expresado Poder constitucional, entre los solicitantes de una oferta pública de plazas para Jueces Sustitutos, efectuada por dicho Organismo, presupone un resultado valorativo objetivo entre aquellos en quienes se aprecien mejores condiciones actuales para el desempeño de la función judicial, acotadas por haberlo establecido implícitamente así la meritada Ley Orgánica y acotada su discrecionalidad por el mismo Consejo General del Poder Judicial en el artículo 14, de su Acuerdo de 15 de julio de 1987, en relación a 'preferencia, mérito e idoneidad' estén o no incluidos en la relación de las propuestas de la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial correspondiente; más, expresadas condiciones de 'preferencia, mérito e idoneidad' no suponen un orden de prelación de apreciación o de mayor valor de las mismas, sino que la operación valorativa ha de efectuarse teniendo en cuenta todas y cada una de ellas, de forma que la 'preferencia de los que hayan desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias' —artículo 201.3 en relación con el 212.2, de la citada Ley Orgánica—, no ha de ser única condición a valorar, sino que han de ponderarse los méritos y la idoneidad del aspirante al cargo y principalmente este último atributo ya que caso de faltar poco o nada han de servir los restantes, sin olvidar que la 'idoneidad' consistente en la necesaria aptitud y suficiencia de conocimientos jurídicos y humanos o buena disposición para el servicio público de la justicia exigida por los ciudadanos, no es una potencia permanente en el tiempo, ya que una vez adquirida puede perderse en un momento posterior, de aquí que en este supuesto al anterior desempeño de funciones judiciales, que como condición 'preferente' determina el citado artículo legal ha de entenderse para el supuesto de aquella primitiva 'idoneidad' se haya conservado por el solicitante que en un momento anterior la hubiera tenido; pues bien, la apreciación de su existencia actual en el aspirante compete al Consejo General del Poder Judicial que ofertó públicamente la plaza de Juez Sustituto en cuestión, y su determinación entra en la esfera de sus facultades discretionales, entendidas no como actuación volitiva absolutamente libre sometida únicamente al principio de igualdad y al interés público, sino más bien como una actuación cognoscitiva de carácter mental sometida a un resultado valorativo objetivo, obtenido a través del conocimiento adquirido de las circunstancias concurrentes en todos y cada uno de los aspirantes, determinante de la idoneidad de los mismos para el desempeño del servicio público judicial; todo lo cual es susceptible de enjuiciamiento en esta jurisdicción a fin de declarar la conformidad o disconformidad a derecho del acto de designación y nombramiento producido por el menado Organismo competente. (...) La valoración de dicha idoneidad se encuentra en relación con la de los demás aspirantes, susceptible de ser determinada por el mismo Organismo competente, el cual, como antes se dice, tiene libertad de elección entre, incluso alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos concurrentes no contenidos específicamente en la norma, con más cuando en el caso que nos ocupa falta la actual idoneidad para el desempeño del cargo a juicio del Organismo competente que ha de conferirlo.»

#### IV. LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD: RESPECTO A LAS PREFERENCIAS Y MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN

No obstante la insistencia con la que viene manteniéndose la discrecionalidad de la Sala de Gobierno, tímidamente va abriéndose una línea jurisprudencial que viene a poner de manifiesto que tal discrecionalidad es limitada no solamente desde un punto de vista formal, es decir, por el respecto a los concretos requisitos legalmente previstos, sino también por cuestiones algo más de fondo: El respeto a las preferencias establecidas y la necesidad de motivar la decisión.

La STS, 22 de febrero de 1988, resalta con énfasis los límites a la discrecionalidad en este punto. Pone de manifiesto que:

«No puede compartirse la afirmación del Letrado del Estado de que la categoría del acto discrecional como opuesta al acto reglado, constituye un avance introducido por la Ley de Jurisdicción de 1956, pues la categoría de los actos discrecionales como producto del ejercicio de una 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'. Y 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 o 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). Y aunque como afirma el Letrado del Estado en una cita doctrinal, en línea con las afirmaciones hechas en la resolución del recurso de reposición 'la discrecionalidad es, esencialmente, una 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 9.3 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 y 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.

CUARTO.—A la luz de la anterior argumentación, queda fuera de toda duda que el nombramiento de los Magistrados suplentes por parte del Pleno del Consejo General del Poder Judicial no puede considerarse como un acto discrecional puro pues por de pronto y conforme al número 2 del artículo 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cargo de Magistrado suplente sólo podrá recaer en quienes reúnan las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera Judicial y aun el nombramiento dentro del grupo de las personas que, en virtud de la oferta pública, hayan concurrido tampoco es absolutamente discrecional, dado que el número 3 del propio artículo 201 de la mencionada Ley Orgánica establece taxativamente que tendrán preferencia los que hayan desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias, sin que en ningún caso el nombramiento pueda recaer en quienes ejerzan las profesiones de Abogado o Procurador. Amén de que, es también requisito inexcusable e indispensable, como se desprende del número 2 del artículo 200 de la misma Ley Orgánica, la existencia de una previa propuesta de la Sala de Gobierno correspondiente y, 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.»

Y en el sentido, la STS, 30 de junio de 1988, resalta que:

«El nombramiento de los Magistrados suplentes por parte del Pleno del Consejo General del Poder Judicial no puede considerarse como un acto discrecional puro, pues por de pronto y conforme al número 2 del artículo 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cargo de Magistrado suplente sólo podrá recaer en quienes reúnan las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera Judicial y aun el nombramiento dentro del grupo de las personas que, en virtud de la oferta pública, hayan concurrido tampoco es absolutamente discrecional, dado que el número 3 del propio artículo 201 de la mencionada Ley Orgánica establece taxativamente que 'tendrán preferencia los que hayan desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias, sin que en ningún caso el nombramiento pueda recaer en quienes ejerzan las profesiones de Abogado o Procurador'.»

Posteriormente se recoge esta doctrina en otros pronunciamientos. Por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, 22 de abril de 1994, afirma que:

«En sentencias de 22 de febrero y 30 de junio de 1988 y 5 de marzo de 1990—, en las que se ha establecido que el nombramiento en cuestión no puede considerarse como un acto discrecional puro, pues conforme al número 2 del artículo 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cargo de Magistrado suplente sólo podrá recaer en quienes reúnan las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera Judicial, y aun en el nombramiento dentro del grupo de las personas que, en virtud del concurso convocado, hayan concurrido al mismo, tampoco es aquél discrecional, dado que el número 3 del citado artículo 201 establece taxativamente que 'tendrán preferencia los que hayan desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docen-

tes en esta materia, sin que en ningún caso el nombramiento pueda recaer en quienes ejerzan las profesiones de Abogado o Procurador', es decir que, como se resalta en la sentencia de esta misma Sala y Sección de 5 de marzo de 1990, antes aludida.»

### 1. Respeto a las preferencias

La ya célebre sentencia de la jueza de Logrosán es buen ejemplo de que los límites a la discrecionalidad no son meramente formales. En ella doña T. S. M. G. recurre el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 20 de junio de 1995, por el que se resuelve concurso de provisión de diversas plazas de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos para el año judicial 1995/1996. Como bases fácticas hay que partir de que: a) La recurrente había desempeñado el cargo de Jueza sustituta de Logrosán en diversos años judiciales referidos, sin que exista base alguna en que sustentar la pérdida de su idoneidad; b) Doña V. J. P. carecía de preferencia alguna para el nombramiento de Jueza Sustituta del Juzgado de Logrosán; c) La propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura se basaba en una constatada inexactitud, tanto al atribuir a la nombrada una preferencia inexistente, como al negar la efectividad de la preferencia de la recurrente sin base para ello; d) Entre los solicitantes del Juzgado de Logrosán sólo concurría una razón de preferencia en la recurrente y otros tres, de los cuales dos de ellos fueron propuestos para otro cargo, y la otra era la persona a la que inicialmente se refería el informe tan citado, en el que se incurrió en un error en la designación de la persona. Con todo ello, dice la STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 de diciembre de 1997, que:

«El artículo en relación con el artículo 201.3 de la LOPJ en relación con el artículo 212.2, establece para el nombramiento de Jueces sustitutos una preferencia en favor de quienes 'hayan desempeñado funciones judiciales (...) con aptitud demostrada (...) siempre que estas circunstancias no resulten desvirtuadas por otras que comporten su falta de idoneidad', preferencia establecida, a su vez, en la Base 7.ª de la convocatoria, como no podía ser menos, y en el artículo 10, Base 4.ª del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1987, vigente a la sazón (derogado hoy por el de 7 de junio de 1995, por el que se aprobaron, entre otros Reglamentos, el 1/1995 de la Carrera Judicial), rector de la convocatoria cuestionada. Basta la constatación del establecimiento de esta preferencia, para que deba negarse de partida la alegación del Abogado del Estado sobre el carácter discrecional del acto impugnado. La caracterización de estos nombramientos en la alternativa conceptual acto reglado-acto discrecional está resuelta por una reiterada jurisprudencia de esta Sala, que ha negado que se puedan considerar como actos puramente discrecionales (categoría en realidad inexistente, pues aun en los más caracterizados como tales siempre existen elementos reglados, como enseña la exposición de motivos de nuestra Ley Jurisdiccional, en uno de sus más citados pasajes), si bien existían a la postre ciertos últimos elementos de discrecionalidad irreductibles (sentencias de 22 de febrero y 30 de junio de 1988, 5 de marzo de 1990 y 22 de abril de 1994). Mas en cuanto al ejercicio de esa discrecionalidad última ha de tenerse en cuenta que el ar-

tículo 54.1 de la Ley 30/1992 impone en la actualidad la motivación de los actos discrecionales, motivación a la vez impuesta en este caso por el artículo 12 del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1987. En el caso actual la motivación del acto recurrido, en el doble aspecto de negar la idoneidad de la recurrente por hechos que se han demostrado inexistentes, cerrando así el paso al reconocimiento de su preferencia legal, como en el de reconocer a doña M. V. J. P., una preferencia sin base legal y fáctica, resulta infundada, y desvirtuada por la prueba, según la apreciación de la misma que en su momento quedó expresada. Rechazada esa motivación, el acto recurrido evidencia su falta de fundamento y entra en directa colisión con el artículo 201.3 de la LOPJ y Acuerdo del Pleno del Consejo General referido (artículos 10.4.º y 14), lo que constituye el supuesto de anulabilidad del acto recurrido previsto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992. (...) La preferencia no se limita al solo hecho del desempeño de funciones judiciales, sino que es preciso que ello haya sido con 'aptitud demostrada', lo que justifica el no reconocimiento de la preferencia si se niega esa aptitud. El planteamiento sería comparable, si existiese una justificación en el acuerdo impugnado de la falta de la aptitud. No se olvide la exigencia de motivación antes referida (...). El Abogado del Estado alega además que la preferencia para el desempeño de funciones judiciales no es única, pues junto a ella está la de los que 'hayan ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias', por lo que, de haber concurrido en la actora el requisito de aptitud, la inexistencia de una preferencia específica de la hoy demandante y la indudable discrecionalidad técnica perteneciente al Consejo General del Poder Judicial impediría la estimación de la pretensión. Tampoco la alegación puede prosperar. Evidentemente se está aludiendo en ella al último núcleo irreductible de discrecionalidad, a que aludimos en otro momento; pero no se tienen en cuenta las circunstancias propias del caso, para su posible aplicación a él de la discrecionalidad. No se trata de dilucidar entre titulares de una misma preferencia, o de preferencias legales distintas, cuál de ellos deba considerarse el más idóneo para el cargo, que sería, en su caso, la hipótesis en la que el planteamiento de discrecionalidad expuesto pudiera tener juego. Por el contrario, de lo que se trata es de que en la concurrencia de dos solicitantes, de las cuales en una no se da base de hecho alguna determinante de preferencia y en la otra sí, el nombramiento se ha deferido en favor de la primera, negándosele a la segunda. No nos encontramos así en el marco de una discrecionalidad posible, sino en el de la vulneración de una norma reglada de selección. Es cierto que la preferencia alegada no es única; pero lo es igualmente que a ella no se oponía en este caso la otra preferencia a que alude el Abogado del Estado.

En esta importante sentencia, aceptando la vigencia de la tantas veces afirmada discrecionalidad en el nombramiento (no se trata de valorar la capacidad de dos personas en quienes concurren iguales méritos, sino de la concurrencia en dos concurrentes de méritos distintos, siendo los presentes en una de ellas de valoración preferente), explicita los límites a la misma. Y lo hace ya no sólo desde un punto de vista tan formal como hasta el momento, sino también material. El avance, sin embargo, es en este punto todavía tímido. En el fondo viene a decir algo así como que «hay libertad de valoración pero con respeto a las preferencias y, sobre todo, siempre que la decisión sea motivada y no se base en errores».



Así es como han de operar las preferencias reguladas; nada más, pues entre las mismas tampoco se establece graduación alguna. La STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 13 de mayo de 1996, así lo advierte:

«El artículo 10.4 del acuerdo de 15 de julio de 1987 señala que tendrán preferencia los que hubiesen desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes. De este precepto se deduce que la preferencia se otorga a todos los que enumera, y no que los que hayan ejercido funciones judiciales tengan preferencia sobre los que hayan ejercido profesiones jurídicas o docentes. Los nombrados Jueces sustitutos para los Juzgados de Chiclana de la Frontera y El Puerto de Santa María estaban incluidos en la preferencia que establece el referido número 4 del artículo 10 del mencionado Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial. Ciertamente quedó vacante una plaza de Juez sustituto en el Juzgado de El Puerto de Santa María. Mas no debe olvidarse que el artículo 14.2 del propio acuerdo faculta al Consejo General del Poder Judicial para declarar vacante los cargos para los que estime no concurre candidato idóneo, y el Consejo General con anterioridad a la resolución del Consejo tuvo conocimiento de que en la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía existían informes desfavorables.»

## 2. La motivación de la decisión

Otro tímido límite a la discrecionalidad administrativa deriva de la necesidad de motivar la decisión. Los pronunciamientos jurisprudenciales, sin embargo, en el caso concreto suelen entender cumplido este requisito sin excesivas exigencias.

Así, la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 26 de septiembre de 1990, considera que limitarse a afirmar que «...se habían recibido quejas oficiosas relacionadas con su forma de actuación» supone motivar suficientemente la resolución por la que se excluye la idoneidad. Dice que:

«La Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Zaragoza, en su informe, había expresado literalmente que '...se habían recibido quejas oficiosas relacionadas con su forma de actuación', por lo que al no especificarse en qué consistían dichas 'quejas', ni el significado que daba a la palabra 'oficiosas' ni descifrado lo que quería decir con la frase 'forma de actuación', ello le produjo indefensión al interesado; ahora bien, en primer lugar, no cabe aplicar al supuesto de actual referencia el procedimiento disciplinario previsto en el Capítulo III, del Título III de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial referente a la responsabilidad, de tal naturaleza, de Jueces y Magistrados, pues, aun cuando en las fechas de la propuesta de la Audiencia Territorial y del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial era el hoy recurrente Juez Sustituto de los Juzgados de Jaca, sin embargo su exclusión de la propuesta y la subsiguiente determinación de su no nombramiento para el cargo, no encuentra su causa en ninguna sanción disciplinaria sino en la apreciación que los Organos competentes para proponer y elegir hicieron de su buena disposición o suficiencia para ejercer mencionado cargo, ya que este concepto se encuentra implícito en el término literal de la 'idoneidad', precisa; por otra parte, se explica que, en el informe de la Audiencia Territorial de Zaragoza, excluyéndole de la propuesta se emplee la palabra

'oficioso' ya que la misma tiene un significado de expresar en que dichas quejas recibidas se efectuaron sin usar del carácter oficial del quejante, ya que en caso contrario habría dado lugar a la incoación del oportuno expediente disciplinario que no se ha promovido, existiendo en la citada Sala de Gobierno el legítimo derecho y deber de informar al respecto según su propio y soberano criterio; pues bien, el hecho contrario de una actuación cumplida y correcta así como de una buena disposición y capacidad del señor V. D., para el desempeño de sus funciones incumbía al mismo, el cual pudo aportar tanto en la vía de recursos administrativos y jurisdiccionales las pruebas precisas, entre las que cabe citar por ejemplo la documental consistente en relación de asuntos por él despachados en el ejercicio de su cargo con especificación de los que se encontraban pendientes cuando empezó a ejercerlo, incluso aportando copias o testimonios de algunas resoluciones que hubiere dictado que por su entidad habrían de demostrar su correcta elaboración de lo que se podrían inferir las aludidas 'buena disposición' y capacidad así como conocimientos jurídicos precisos, que el informe de la Audiencia Territorial y el Acuerdo ahora impugnado pudieran desconocer; por todo ello se ha de concluir con que en el caso de actual referencia al no existir indefensión del recurrente, no se ha infringido la normativa contenida en el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978.»

Por su parte, la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 23 de mayo de 1989 entiendo que determinadas actividades de candidato, como la de formar parte de una Coordinadora para protestar contra la subida de la Contribución Urbana, no se compaginaba bien con la condición de Juez Sustituto. Para ello se limita a afirmar que «la preferencia para el desempeño del cargo de que se trata la tienen aquellos que hayan desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias, y del examen de las actuaciones administrativas resulta que los nombrados para las plazas que había solicitado el recurrente habían desempeñado dicho cargo sin nota desfavorable y solicitaron en primer lugar el Juzgado que hayan servido en el anterior».

En cambio, la STS, 30 de junio de 1988 exige que se ha de razonar sobre la no idoneidad. Afirma que:

«No se formulaba propuesta de nombramiento en favor del recurrente 'por no considerarlo idóneo para el cargo'. Al no señalarse ninguna circunstancia personal ni profesional en relación con el interesado, para tratar de justificar la referida afirmación, no puede entenderse que el indicado acuerdo tenga la adecuada motivación.»

## V. MOTIVOS DE IMPUGNACION: VIABILIDAD

El camino hacia un nombramiento más reglado es con todo árduo, pero puede recorrerse. Al menos, se ha demostrado que, a pesar de los graves inconvenientes de concepción para lograr la revocación del «discrecional» acuerdo de nombramiento, es posible obtener una resolución que «rompa» el «blindaje» con el que se reviste.

Los problemas empiezan con la necesidad de acreditación de la idoneidad del candidato, que normalmente será contradictoria con la afirmada en el correspon-

diente acuerdo. Pero ello no es imposible. La STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 26 de septiembre de 1990, señala algunos de los medios con los que puede probarse la idoneidad del recurrente:

«El cual pudo aportar tanto en la vía de recursos administrativos y jurisdiccionales las pruebas precisas, entre las que cabe citar por ejemplo la documental consistente en relación de asuntos por él despachados en el ejercicio de su cargo con especificación de los que se encontraban pendientes cuando empezó a ejercerlo, incluso aportando copias o testimonios de algunas resoluciones que hubiere dictado que por su enjundia habrían de demostrar su correcta elaboración de lo que se podrían inferir las aludidas 'buena disposición' y capacidad así como conocimientos jurídicos precisos, que el informe de la Audiencia Territorial y el Acuerdo ahora impugnado pudieran desconocerla; por todo ello se ha de concluir con que en el caso de actual referencia al no existir indefensión del recurrente, no se ha infringido la normativa contenida en el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978.»

En cuanto a los argumentos esgrimidos, aparte de la posible falta de acreditación producida en el asunto concreto, poco o ningún resultado habían aportado. Así, por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, 22 de abril de 1994, considera que la mayor cantidad de años ejerciendo funciones jurisdiccionales no suponen preferencia frente a quien cuenta con menos años de ejercicio. Afirma que:

«La potestad atribuida al Consejo General del Poder Judicial de efectuar nombramiento de Magistrados suplentes para cada año judicial, no es una potestad puramente discrecional, al estar detalladamente reglada en muchos aspectos, ya que aparte de aquéllos en que suele estarlo toda potestad discrecional —su propia existencia, la extensión de la misma, la competencia para ejercerla, su fin y el tiempo y la forma de su ejercicio, que en el presente caso es hacer los nombramientos previa propuesta motivada de la Sala de Gobierno—, en el fondo, y según ya hemos dejado sentado anteriormente, también lo está, al exigirse unas determinadas circunstancias entre los solicitantes —reunir las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera Judicial— y unas preferencias y unas causas de exclusión, que no pueden ser obviadas en el ejercicio de la potestad del Consejo General del Poder Judicial u que nos venimos refiriendo, pero para la elección o nombramiento de aquellos concursantes en quienes concurrían las circunstancias y preferencias aludidas, sí es donde el citado Consejo General puede hacer uso del reducto de discrecionalidad que en dicha materia le corresponde, siempre, claro está, valorando la propuesta de la Sala de Gobierno correspondiente y los informes que pudiera haber sobre los concursantes, propuesta aquella que en el presente caso aparece suficientemente motivada, (...) al concurrir en ellos tal preferencia, no puede admitirse que el mayor tiempo en el desempeño de las aludidas funciones judiciales, sea factor determinante para una prioridad en el nombramiento de Magistrado suplente, que es en lo que funda, en lo esencial, su pretensión impugnatoria el recurrente, sino que, por el contrario, una vez que concurren la circunstancia y preferencia a que venimos aludiendo, en la elección entre los solicitantes del cargo de Magistrado suplente ya es discrecional la actuación del Consejo General del Poder Judicial, al poder tenerse en cuenta otros méritos, experiencia profesional, antecedentes, etc., cuya valoración entra en lo que antes llamábamos 'reducto de discrecionalidad' atribuido en esta materia al Consejo General

del Poder Judicial, siempre resaltamos una vez más, previa propuesta de la Sala de Gobierno, y en el presente caso, es innegable que la propuesta de aquella Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, entendiéndose más idóneos a los que posteriormente fueron nombrados por el mencionado Consejo General, haciendo suya tal propuesta, tal vez, como se señala en la resolución de aquél ahora impugnada, porque la precitada Sala de Gobierno tenía datos de conocimiento más inmediatos tanto en cuanto a las necesidades del Órgano —Audiencia Provincial de Valladolid—, como de las condiciones de los solicitantes, resultándose en la resolución impugnada, que el hoy recurrente había sido objeto de algún expediente disciplinario, aunque sólo uno determinó la imposición de sanción.»

En cuanto a la alegación relativa a la desviación de poder, la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 13 de mayo de 1996 señala que:

«El número 3 del artículo 83 de la Ley Jurisdiccional establece que constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no es el órgano que ha dictado el acto administrativo que se impugna en el presente recurso. En todo caso eliminar a candidatos con actos desfavorables no constituye obviamente ejercicio de una potestad administrativa para usos distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico. La circunstancia de que después de dictarse por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, se recibiese en el Consejo General del Poder Judicial un informe suscrito por la Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, no implica ninguna desviación de poder, en el acto impugnado en el presente recurso, ni ello ninguna indefensión ha causado a la interesada que es requisito de inexcusable presencia para decretar la anulación de un acto administrativo.»

QUINTO.—Insiste, por último, la representación procesal de la parte recurrente en el vicio de desviación de poder, alegando que el sueldo periódico del Diario de Cádiz de 29 de mayo de 1992, no fue obstáculo para su nombramiento como Juez sustituto de Chiclana de la Frontera para el año judicial 1992/1993, y que las impugnaciones que se le hacen en el mismo no pueden ser determinantes de una sanción de plano, con olvido del procedimiento establecido en el Libro IV, Título III, Capítulo IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni de un cese en el cargo sin previa una información con audiencia de la interesada. Una vez más ha de rechazarse la desviación de poder que se pretende atribuir al órgano que ha dictado el acto impugnado, pues en el acto impugnado no se impone ninguna sanción ni se decreta el cese de la recurrente como Juez sustituto de Chiclana, cargo de provisión temporal. Sencillamente, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial resuelve un concurso y estima no es idónea para adjudicarle las plazas que solicitó. El sueldo periódico, en el que se le imputan unos hechos (que la recurrente ni siquiera niega, aunque a su juicio, no constituyen el abuso de autoridad que se le atribuye), no ha sido el motivo único que ha conducido a no ser nombrada, pues ya se ha razonado que también consta en el expediente el incumplimiento de su deber de residencia, lo cual aunque no haya sido objeto de un expediente disciplinario durante el tiempo en que con carácter temporal ejerció el cargo de Juez sustituto de Chiclana de la Frontera, es razón suficiente para no ser nombrada en el concurso seguido para la provisión de plazas de Juez sustituto para el año judicial 1993/1994.»

## VI. CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACION

Los inconvenientes no terminan en el momento de estimarse la pretensión. Quizás, en algunos casos, empiezan precisamente en este momento. En el voto particular dado a la STS, 22 de febrero de 1988 se critica con acierto la práctica de declarar nulos los actos correspondientes con retroacción del procedimiento, señala sobre ello que:

*«No debería haberse acordado una retroacción del procedimiento que el artículo 81 de la Ley Jurisdiccional no contempla entre los pronunciamientos de la sentencia; que en el procedimiento civil ha sufrido importantes limitaciones desde la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la jurisprudencia restringe a supuestos extremos; que es criticada por la doctrina; que nada nuevo, presumiblemente, aportará el proceso; que es perjudicial para las partes y para el interés público por los trastornos y perjuicios que toda demora en la resolución de un asunto ocasiona; que puede suponer un grave precedente para todos los nombramientos que haya de efectuar el Consejo y sean reglados en parte, como sucede con todos los que requieren un determinado tiempo de servicios; que exige la motivación únicamente para los solicitantes no nombrados que recurren, y, finalmente, por adoptar una solución no pedida por las partes y sin el previo cumplimiento de lo imperativamente dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley Jurisdiccional.»*

Por fin, la citada STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 de diciembre de 1997 decide tratar a declarar el derecho pretendido por el recurrente. Afirma que:

*«En otras ocasiones precedentes la Sala no ha aceptado la declaración del derecho del pretendiente, sino que se ha limitado a la anulación del acto recurrido y retroacción de actuaciones, para que se proceda a dictar nueva resolución, en la que se tenga en cuenta el mérito preferente alegado (caso de las sentencias de 22 febrero y de 30 junio 1988).*

*Se dan, sin embargo, en este caso elementos distintos, que permiten dar un paso más, declarando el derecho pretendido por la recurrente.*

*En primer lugar, habida cuenta de que el nombramiento pretendido se refería a un año judicial ya vencido, la solución formal de la simple anulación con retroacción de actuaciones adolecería de una indudable artificialidad, que no sería la más adecuada para la satisfacción del derecho de tutela judicial efectiva, que nos viene encomendada. Pero en todo caso no se trata, como en las ocasiones anteriores, de que un concurante sea titular de una preferencia, no tenida en consideración, cuando existen otros en las mismas condiciones, en cuyo supuesto el restablecimiento del derecho vulnerado al primero no puede hacerse, desconociendo el de los demás, y de ahí la lógica retroacción, para que se resuelva a la vista de las circunstancias de todos.*

*Lo especial de este caso es que, según se acredita en el modelo normalizado de la propuesta, a que nos referimos en su momento, los titulares de la preferencia legal eran, a parte de la recurrente, otras tres personas, de las cuales a dos de ellas se les había nombrado para otros dos Juzgados, lo que impedía su nombramiento para el de Logrosán (artículo 12 del Acuerdo del Pleno del Consejo citado), y la tercera era la persona a la que se refería el inicial informe del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, comentado en su momento.*

*Resulta así que la única persona restante con preferencia legal inobjetable era la recurrente, que además venía desempeñando el concreto cargo solicitado desde varios años antes, lo que de por sí determinaba un criterio lógico de posible continuidad, en cuyas circunstancias la única solución jurídicamente correcta del concurso era la de su nombramiento para el cargo solicitado. Se justifica así que en este caso, y a diferencia de los precedentes, pueda declararse el derecho pretendido, como reconocimiento de la situación jurídica individualizada, conforme a lo dispuesto en los artículos 83.2 y 84.b), en relación con el 42 de nuestra Ley Jurisdiccional.*

*Llegados a este punto, y precisamente porque, al haber transcurrido el año judicial al que se refería el cargo, no tendría ya sentido un nombramiento para él, que sería una declaración imposible, el único modo de satisfacer el vulnerado derecho de la demandante es la indemnización de perjuicios, por no haberla nombrado en su momento, como solicita en petición alternativa en el suplico de su demanda.*

*La fijación de la cuantía de dichos perjuicios habrá de determinarse en ejecución de sentencia, estableciendo, como criterio para aquélla, la referencia a la retribución que, en su caso, hubiera podido percibir la recurrente, de haber sido nombrada, en razón de su actuación posible en el Juzgado de Logrosán en el año judicial 1995-1996.»*

En relación a la indemnización pertinente la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, 25 de mayo de 1996 establece como criterios que:

*«El nombramiento para el cargo de Juez sustituto tiene una eficacia temporal anual —artículo 200 LOPJ—, y que el actor fue nombrado para el año judicial 1988/1989, es decir que todo lo más su inicial reclamación podía extenderse hasta el fin del año judicial citado —31 de agosto de 1989— y que además que dentro del año judicial, la actuación del Juez sustituto, no es continua, sino que viene determinada por la Sala de Gobierno en función de las necesidades del servicio, siendo abonada la correspondiente retribución en función de los días de actuación —artículos 200.2 y 212 LOPJ, artículos 15 Acuerdo Reglamentario citado de 15 de julio de 1987, artículo 13, Decreto 1.404/1988, de 25 noviembre —por lo que no existiría en ningún caso derecho a la indemnización, por cuanto que no existe un derecho subjetivo a ejercer funciones judiciales permanentemente por el mero hecho del nombramiento, en tanto no es requerido para actuar.»*