

AVANCE EN EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS Y ACUERDOS ADMINISTRATIVOS: SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Manuel J. Sarmiento Acosta

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Resumen: *La necesidad de controlar la discrecionalidad administrativa impone una motivación precisa, suficiente y coherente, pues ello garantiza mejor los derechos e intereses de los ciudadanos. En este contexto es elogiable la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige que los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial se motiven adecuadamente.*

Palabras clave: *Discrecionalidad administrativa, motivación de actos y acuerdos administrativos, acuerdos del Consejo General del Poder Judicial.*

Abstract: *The need to control the administrative discretion requires a precise motivation and enough of the acts and agreements of Public Administration, because it is the better safeguards the rights of citizens. In this context, is commendable jurisprudence of The Supreme Court that requires the motivation of the agreements of the General Council of The Judiciary.*

Keywords: *Administrative discretion, motivation of acts and agreements of Public Administration, agreements of the General Council of the Judiciary.*

Índice: *1. El constante problema del control de la discrecionalidad de los actos y acuerdos administrativos. 2. Discrecionalidad administrativa y motivación: una relación conflictiva pero obligada. 3. La no exigencia de motivación por existir motivos de confianza y por ser colegiado el órgano que adopta el acuerdo: STS de 30 de noviembre de 1999. 4. Un cambio radical sobre la motivación de los acuerdos discrecionales: la STS de 29 de mayo de 2006. 5. Hacia una motivación material de los acuerdos del CGPJ: las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 y de 23 de noviembre de 2009. 6. Los efectos de esta jurisprudencia en el Reglamento 1/2010 del CGPJ, sobre provisión de plazas de nombramiento discrecional. En particular, en la motivación. 7. Un progreso considerable en la motivación de los actos y acuerdos administrativos discrecionales: su necesaria repercusión en otros ámbitos administrativos.*

1. EL CONSTANTE PROBLEMA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS Y ACUERDOS ADMINISTRATIVOS

Es conocido que la discrecionalidad administrativa es uno de los temas recurrentes del Derecho Administrativo. Su presencia es constante, pues manifiesta la permanente tensión entre el ejercicio del poder y el preciso control de éste en orden al sometimiento de la Administración Pública a la ley y al Derecho (cfr. art. 103.1, CE.). Todo poder, ya tenga la adusta faz del dominio autocrático o el vistoso y atractivo vestido de la confección democrática, se siente siempre, por su misma naturaleza, como capacidad de extenderse, de imponerse, e, incluso, de convencer, a través de una doctrina oficial políticamente correcta, de que actúa en interés y en beneficio del sometido. Como ha referido recientemente el filósofo José Antonio MARINA, en el " *poder se experimenta la realidad como libertad, como apertura de posibilidades, como acontecer real, dinámico y expansivo*".¹ Esta circunstancia plantea de inmediato el problema de las consecuencias, pues en un Estado democrático es evidente que esa pretensión de actuar con "manos libres" para producir los efectos deseados debe tener una habilitación clara y precisa en el Derecho, y, asimismo, debe permitir que éste arbitre un adecuado control para que el ejercicio del poder no se convierta en patente de corso para la arbitrariedad y la irracionalidad (arts. 9.1 y 3, y 106.1, CE), ni para la devaluación o conculcación de los derechos e intereses legítimos de los particulares(art.10, CE)², esto es, de los que se relacionan y someten al poder, ya que el Estado de Derecho es tal en la medida que el poder se somete al Derecho, y permite la adecuada tutela y protección del derecho e interés del particular. Caso de no ser así, es obvio que no se puede hablar propiamente de Estado de Derecho, salvo que se quiera jugar con el lenguaje para engatusar y engañar al ciudadano. En este contexto, se puede decir que " *toda la historia del derecho administrativo puede resumirse en esto: un avance, lento pero imparable, en el camino del sometimiento a un control heterónimo de la totalidad de la actuación administrativa y un paralelo afinamiento de las técnicas correspondientes*"³.

¹ *La pasión del poder. Teoría y práctica de la dominación*, Anagrama, Barcelona, 1.^a ed. 2008, p. 18. En cita de B. RUSSEL, " *poder es producir los efectos deseados*" (p. 17).

² Pues, como refirió E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*), Civitas, Madrid, 3.^a ed. 1983, p. 43), " *la Administración no es señor del Derecho, como puede pretenderlo serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador. La Administración no es un poder soberano (...)*"

³ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativo*, Tomo III, Eunsa, Pamplona, 1997, p. 433

Por ello, *prima facie*, el ejercicio de la discrecionalidad se presenta como harto problemático, porque es claro que por motivos de eficacia, incluso por la propia naturaleza de las cosas, el Ordenamiento jurídico no puede preverlo todo con un nivel de intensidad o densidad que permita que la interpretación y aplicación de la norma sea una operación clara, precisa y limpia de adherencias contaminantes y de prejuicios ideológicos o de otra clase. Ocurre justo lo contrario, pues el Ordenamiento de ordinario habilita una discrecionalidad administrativa que permite un margen de acción relativamente amplio, puesto que la cantidad de factores y necesidades que definen la actividad administrativa aconseja, e, incluso, exige, tener discrecionalidad⁴. Y es aquí, justamente, donde comienza la dificultad, pues la libertad de elección, en buena teoría jurídico-constitucional, debe estar presidida siempre por el interés público, algo que no siempre está claro en la actuación administrativa.

No es éste, como es obvio, el lugar para intentar una definición sobre la discrecionalidad administrativa. Primero, porque es una cuestión que tiene una complejidad que desborda el estricto objeto de este estudio, y, en segundo término, porque la bibliografía sobre este tema, tanto española como foránea –de la cual, por cierto, ha bebido, y mucho, la española– es ya inabarcable, como no podía ser de otra forma al tocar un nervio tan sensible, y, al propio tiempo, tan esencial para los derechos del ciudadano, como es la discrecionalidad administrativa⁵. Ahora bien, es pacífico considerar que la

⁴ Vid., por ejemplo, el libro de M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25, y bibliografía allí indicada.

El propio John LOCKE, en *Two Treatises of Government*, 1690 (*Dos ensayos sobre el Gobierno Civil* (traducción de F. Jiménez García; ed preparada por Joaquín Abellán, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 322), afirmaba que “*existen muchas cosas que las leyes no pueden contemplar de ninguna manera y que han de confiarse, necesariamente, a la discreción de aquel que tiene el poder ejecutivo para que lo ordene de acuerdo con las exigencias del bien público. Es más, conviene que las leyes mismas dejen campo libre en ciertos casos a la actuación del ejecutivo o, por mejor decir, a la ley fundamental de la naturaleza y del gobierno según la cual todos los miembros de la sociedad han de verse protegidos, en la medida de lo posible*”.

⁵ Es, como se ha dicho, prácticamente inabarcable la bibliografía sobre la discrecionalidad administrativa. Carece de sentido, y también de utilidad, intentar aquí hacer una relación de libros, artículos y comentarios más o menos exhaustiva. Basta con señalar, aparte del estudio señero de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit., la controversia que en los años noventa del pasado siglo se produjo entre varios renombrados profesores: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2.^ª ed ampliada 1997, L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, 1993, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; o, en fin, del propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en un libro más reciente, y también muy vivo y enérgico, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 3.^ª ed. 1997.

Otros autores han escrito, asimismo, con mucha solvencia técnica (particular interés tienen los

discrecionalidad –aunque es, como ya se ha advertido, un concepto controvertido–, permite al ente administrativo una pluralidad de soluciones, todas ellas igualmente justas, que, por consiguiente, la Administración puede adoptar. El Tribunal Supremo, probablemente influido por la doctrina, y, en concreto, por las tesis del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁶, ha afirmado que la *“potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o de conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo”* (STS de 1 de junio de 1987)⁷. Lo que significa que, desde este concepto que asume el Alto Tribunal, la Administración Pública puede optar legítimamente por esas opciones que resultan igualmente justas. Hay, pues, discrecionalidad; lo que significa que existe *“libertad de actuación”*⁸. La elección entre varias soluciones que son jurídicamente indiferentes se produce por criterios extrajurídicos –sociológicos, económicos, arquitectónicos, ecológicos, etc, etc–⁹, y, dentro de esta elección, es plenamente

libros de M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, o de E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997), sobre este tema, pero no es posible detenerse, pues desbordaría el sentido de esta cita, por fuerza resumida. Me permito, no obstante, indicar al lector interesado que una referencia bibliográfica bastante completa se encuentra en el libro de C. D. CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 593-633. Hay, como es obvio, artículos más recientes que se relacionan con el objeto de este trabajo, como los firmados por M. BACIGALUPO (“En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos judiciales: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, 2000, pp. 407 y ss.) o por R. BOCANEGRA SIERRA y A. HUERGO LORA (“Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 405 y ss.)

⁶ Su trabajo *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit es de inexcusable recordatorio en esta cuestión.

⁷ Asimismo, la STS de 1 de diciembre de 1993 declaró: *“El ordenamiento jurídico atribuye potestades a la Administración de dos formas distintas: en las potestades regladas el propio ordenamiento determina agotadoramente el contenido de la decisión a dictar, en tanto que en las discrecionales remite a la estimación subjetiva de la Administración la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la decisión: mientras que en las primeras la ley “tipifica” el contenido del acto, en las segundas resultan posibles varias soluciones igualmente lícitas –y por tanto indiferentes para el derecho- entre las cuales ha de elegir con criterios extrajurídicos”*

⁸ Así lo afirma, por ejemplo, A. GALLEGRO ANABITARTE, “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, Prólogo al libro de A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal (1894-1983)*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 21.

⁹ Vid. J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas,

válida la actividad de la Administración.

A partir de aquí es preciso hilar más fino, porque surgen varias cuestiones que ensombrecen o nublan la claridad de una definición de corte académico, que si bien es explicativa y cómoda en la academia, no resulta del todo eficaz para resolver problemas prácticos de enjundia que se resisten a ser reducidos a dogmas o categorías convencionales, pues se necesita saber: a) cuándo es posible hablar técnicamente de discrecionalidad y cuál es su concreto alcance; b) cómo se articula el control y hasta dónde puede llegar éste¹⁰; c) ¿es posible, desde la perspectiva constitucional, sustituir por medio de otra decisión la incorrecta resolución administrativa?; d) ¿tiene encaje la discrecionalidad en la Carta Magna de 1978?, etc, etc.

Indudablemente, la discrecionalidad, como la justicia administrativa, la descentralización, el Poder Judicial, etc, debe encuadrarse en el marco o contexto político y jurídico existente, dentro del cual, en un Estado social y democrático de Derecho, como es el español (art. 1.1, CE), el reconocimiento y la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos resulta inexcusable, pues éstos constituyen uno de los pilares sobre los que se asienta toda la arquitectura constitucional. En un sistema autocrático, como el que existía antes de la Constitución de 1978, el control que se arbitraba sobre la discrecionalidad de la Administración Pública, aunque muy meritorio desde el punto de vista técnico, estaba dañado o pervertido desde su raíz por el "pecado original" que llevaba implícito todo el sistema. Y de la misma manera que un paralítico, por muy fuertes que tenga los brazos, no puede competir con un atleta boxeador plenamente en forma, por muy bien que pudieran funcionar esas proezas técnicas que se enfatizaban para controlar la discrecionalidad, en modo alguno podían surtir los mismos efectos que en un Estado de Derecho plenamente constituido. Y ello por un dato esencial: la propia posición y actuación del Poder Judicial no podía ser equiparable con la de un Estado de

Madrid, 1993, p. 19. Por su parte, E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, ob cit., p. 70, destaca que la discrecionalidad es un "supraconcepto", que se refiere a un determinado modo de operar administrativo, que consiste en adoptar decisiones dentro de un margen que deja el Ordenamiento jurídico, para lo que se permite una elección entre distintas alternativas sobre la base de conceptos extrajurídicos. Lo que permite un ámbito de apreciación valorativa de la Administración, que, en rigor, sólo a ella compete. No obstante, esto no significa que no haya límites internos y externos para la adopción de estas decisiones sobre la base de distintas alternativas. Hay extremos y aspectos que delimitan esa capacidad de actuación

¹⁰ M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, cit., pp. 219 y ss, que analiza el derecho a la tutela judicial efectiva como límite constitucional a la atribución de potestades discrecionales.

Derecho¹¹. Esto significa que aunque los mecanismos técnicos de control, tan trabajosamente confeccionados, tenían muchas virtualidades para la fiscalización de la actividad administrativa, el control, por el contexto en el cual se aplicaba, tenía un impacto bastante más flojo que el que puede originar en un *Estado propiamente de Derecho*¹². Por eso es sólo una verdad a medias el argumento que se esgrimió en un momento determinado por alguna doctrina sobre la mayor legitimidad democrática de la Administración Pública en el Estado constitucional (dejando entrever que esos mecanismos técnicos tenían que modularse o aflojarse, pues no se estaba luchando contra una Administración autocrática), pues, en realidad, esa lucha nunca era tan abierta y clara como la que se mantiene en un auténtico Estado de Derecho¹³. Por esta razón los instrumentos técnicos de control cuando realmente producen efectos es con el alzamiento del Estado social y democrático de Derecho, que los trans-

¹¹ En este extremo, por ejemplo, A. NIETO GARCÍA, *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004, p. 127.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., pp. 39, y 47 y 48, dice: "(...) el propio régimen tenía entonces especial interés en presentar una faz de "Estado de Derecho" en el sentido (que era, por cierto, el de los clásicos alemanes más relevantes del XIX y XX), de un Estado con Derecho Administrativo pero sin derechos fundamentales (...)". En la página 39 afirma: "El error está en suponer que el Derecho Administrativo, como llega a afirmarse en relación con el específico caso de España, y en concreto el afinamiento de sus técnicas de control, tenga un lugar más apropiado en los regímenes dictatoriales que en los democráticos. Esto, de nuevo en el terreno de los hechos, es inexacto, rotundamente. Ningún régimen autoritario facilita el control judicial de sus actos, ninguno tampoco reconoce siquiera la legalidad como un límite y los derechos de los ciudadanos, base de ese control, como obstáculo a su omnipotencia". También, M. BELTRÁN DE FELIPE (*Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., pp. 221 y ss) hace una crítica sobre la pretendida mayor legitimidad democrática de la Administración actual.

Es obvio que el sentido común y la lógica, así como la experiencia, certifican la absoluta certeza de estas afirmaciones. Lo sorprendente es que se haya llegado a dudar de algo tan elemental: un régimen autocrático, por su propio carácter, no quiere controles ni fiscalizaciones venidas del Derecho

¹² Esos mecanismos técnicos de control, tienen su encaje natural en el Estado democrático de Derecho, esto es, en un Estado en el cual esté garantizada la separación efectiva de poderes, que reconozca y garantice tanto el sometimiento del poder al Derecho, como los derechos e intereses de los ciudadanos, en un Estado, en fin, que corresponda con una democracia avanzada. Es evidente que cuando no existen esas condiciones previas, cualquier mecanismo técnico pierde su fuerza y su capacidad para lograr lo que en teoría pretende alcanzar. Desconocer esto, es ignorarlo todo, y divagar sobre teorías vacías que para nada sirven.

¹³ Como es lógico, cuando se dice "auténtico Estado de Derecho", no se afirma para hacer una concesión a la retórica: no todo Estado que se califica formalmente como "de Derecho" lo es realmente. Sólo si se dan concretas condiciones se puede hablar de "Estado de Derecho" en sentido técnico. Por lo demás, el Estado de Derecho no se tiene definitivamente porque la Constitución o unas Leyes lo digan, sino que es preciso construirlo día a día, y sin desmayo ni excesiva confianza en lo conseguido, pues las trampas siempre acechan, las tentaciones del poder nunca mueren, sino que, como la energía, y en el mejor de los casos, se transforman, y, en un contexto así, la fragilidad de todo lo logrado es indiscutible. Dicho en otras palabras: *el Estado de Derecho es de cristal, no es de acero*. Por tanto, puede romperse si no se trata con el debido cuidado, y esa ruptura puede ocurrir en cualquier momento.

figuró de tal manera que permitió avanzar mucho más que con anterioridad.

Con independencia de esto, que es bastante obvio y elemental, por otra parte, es palmario que el planteamiento de una cuestión tan relevante y, al propio tiempo, tan necesaria e inasible como la discrecionalidad de los actos y acuerdos de la Administración¹⁴, hay que radicarlo en la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, más que en una supuesta evolución histórica de un Estado autocrático a uno democrático y de Derecho, o a una mayor o menor legitimidad de la Administración Pública española, ya que ésta, en último término, se legitima en la prestación eficaz y satisfactoria de los servicios públicos, y en el riguroso respeto a la ley y al Derecho. Como destacó, hace ya algunos años, MARTÍN REBOLLO *"la legitimidad de la Administración (...) no reside en que sea representativa sino en su carácter servicial, en su dependencia y su instrumentalidad al servicio de la eficacia y la objetividad de su funcionamiento. De ahí que no pueda ni deba confundirse una Administración democrática con una Administración representativa. La Administración no representa a nadie: sirve a los intereses generales. La Administración es democrática si asume los valores constitucionales, es eficaz, objetiva y transparente, si está suficientemente controlada desde fuera"*¹⁵. Pues como, asimismo, argumenta GARCÍA DE ENTERRÍA es *"esta situación de ejecutores de la Ley, como decisión previamente establecida, la que da a los titulares que ejercen las funciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial el carácter de simples "agentes" de la Ley. No pueden ordenar lo que la Ley no manda, no pueden prohibir lo que la Ley no ha prohibido, son ejecutores de lo ya ordenado anticipadamente por ésta"*¹⁶; por lo que, en ningún caso, *"la teoría de la democracia puede proporcionar razón alguna para pretender una indiscutibilidad de las decisiones de los gestores públicos y más bien la posibilidad de su impugnación se adecúa exactamente al carácter abierto*

¹⁴ Y, asimismo, tan trascendente para la operatividad del Derecho Administrativo. No es de extrañar que, por ejemplo, Bernard SCHWARTZ, en su *Administrative Law* (Boston, 3.^a ed. 1991, p. 652), señale que, verdaderamente, *"de qué trata el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad"*, y, en la doctrina española, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*"Discrecionalidad y jurisdicción revisora"*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1974, p. 285), haya afirmado que *"la discrecionalidad ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo"*. Lo mismo que subraya, más recientemente, M. BACIGALUPO, cit., p. 21.

¹⁵ *Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico*, Asamblea de Cantabria, Santander, 1990, pp. 45 y 46. Prosigue: *"La Administración es democrática, aunque parezca una redundancia, si es la Administración de un Estado democrático, es decir, de un Estado de democracia parlamentaria. Ese es el punto de partida de juristas tan notables como Hans KELSEN y, sobre todo, de su discípulo administrativista, Adolf MERKL (...)"* (p. 46).

¹⁶ *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^a ed., cit, p. 53.

*de la sociedad democrática, a su búsqueda de una integración no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los valores de las mayorías, sino por el libre desarrollo y las iniciativas de los ciudadanos*¹⁷.

Por tanto, es evidente que el establecimiento de un Estado democrático, lejos de acortar, modular o redimensionar a la baja los mecanismos técnicos que permiten el control efectivo de la Administración Pública, los ha intensificado. Y, de hecho, se ha producido en los últimos treinta años un aumento de la perfección técnica de los mecanismos de control a raíz de la aprobación de la Carta Magna de 1978, como no podía ser de otra forma. Así, a las técnicas tradicionales que el propio GARCÍA DE ENTERRÍA propuso en su conocido trabajo *"La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)"*¹⁸, en 1962 (existencia de la potestad discrecional y concreta extensión de ésta, la verificación de los hechos que legitiman su aplicación, la competencia del órgano, y la observancia del procedimiento y el fin, así como los principios generales del Derecho y los conceptos legales indeterminados), se han añadido otras fórmulas técnicas en orden al control de la Administración, que reclaman rehacer desde los mismos cimientos constitucionales la discrecionalidad de la Administración; esas nuevas fórmulas técnicas son, por ejemplo, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3, CE), la razonabilidad y la racionalidad, o principios generales, como el de proporcionalidad o la congruencia interna de la decisión¹⁹, que han abierto nuevas vías o caminos en el Estado de Derecho, sin que pueda calificarse para nada *estas nuevas fronteras* como una muestra de un supuesto "activismo judicial"²⁰,

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^a ed, cit., p. 75. Dice: "Naturalmente que sobre ese fondo general se sobreponen los valores propios del sistema jurídico, apoyado en la técnica del reino de la Ley, norma común para gobernantes y gobernados, que aquéllos no pueden pretender en ningún caso poder interpretar de forma prevalente a la interpretación en que éstos intenten apoyar sus propios derechos e intereses"

¹⁸ Como se ha anticipado, este trabajo es básico para el conocimiento del control de la discrecionalidad de la Administración. Se publicó en la *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962 (pp. 159-209). A. NIETO GARCÍA en los comentarios que hizo al volumen 34 *artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983, p. 486, lo calificó de "*verdadero manifiesto constitucional. Desde el Derecho empieza así España su largo camino hacia la Democracia*". No es elogio menor, precisamente.

¹⁹ Así, por ejemplo, se exige la coherencia interna de los planes urbanísticos, con base en la fuerza normativa de lo fáctico (STS de 21 de marzo de 2006). Vid, sobre este punto, M.^a R. ALONSO IBÁÑEZ, "Planeamiento urbanístico. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (2006)", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 234, 2007, pp. 110 y ss.

²⁰ Es más, la jurisprudencia española no ha sido precisamente vanguardista, sino más bien todo lo contrario. Nada que ver con la doctrina del Consejo de Estado francés, o con las decisiones de órganos jurisdiccionales ingleses o norteamericanos, en los que el avance, la perspicacia técnica y

sino como una consecuencia necesaria de un sistema jurídico basado en la democracia y en la libertad (arts. 1.1 y 10. CE), y que, por tanto, reconoce y garantiza los derechos e intereses de los ciudadanos²¹. Nada más lógico y normal. Creer que el Poder Judicial, porque hace su trabajo, se excede es, como mínimo, una curiosa manera de concebir el Estado democrático, donde la división de poderes es garantía imprescindible para poder ser calificado como tal, y donde el control de la Administración debe ser efectivo e intenso. Por eso, el cambio que ha traído la Constitución Española es sustancial, pues de un "*Estado con Derecho Administrativo pero sin derechos fundamentales*" (GARCÍA DE ENTERRÍA)²², se ha pasado a un Estado que reconoce y garantiza los derechos e intereses de los ciudadanos (cfr art. 53. 1 y 2 CE.)²³. Es este contexto el que debe servir de base, fundamento e inspiración para articular la discrecionalidad administrativa, y no una pretendida eficacia administrativa desorbitada, que teniendo una indudable relevancia, no está al mismo nivel constitucional que la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

Si esto es así, y es palmario que han existido avances en la doctrina y en la jurisprudencia contencioso-administrativa, no por eso debe creerse ingenuamente que el ciclo se ha cerrado. Como dice Prefecto Andrés IBÁÑEZ en un significativo artículo titulado "*Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar*"²⁴; la lucha debe continuar, y la guardia no debe bajarse en modo alguno, y ello, en síntesis, por dos razones: i) porque el poder, con su carácter expansivo y dominante, crea o abre siempre nuevos espacios en los cuales su ejercicio se muestra con más intensidad y energía, y, por ello, propende a eludir controles y fiscalizaciones con los más variados argumentos y excusas (razón de Estado, eficacia administrativa, interés general, im-
po-

la "creación" de verdadero y buen Derecho es conocida, y no necesita mayor argumentación. Para el Consejo de Estado francés es todavía interesante remitirse al librito de Prosper WEIL, *Derecho Administrativo* (traducción española de L. RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, adaptada a la décima edición original de Javier GARCÍA DE ENTERRÍA L VELÁZQUEZ, Madrid, 1.^a ed. 1986, donde se encuentra una frase elocuente que excusa más argumentos. Dice WEIL: "*El Consejo de Estado ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segrega su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y, sin aquella, éste no hubiese nacido*" (p. 43)

²¹ Véase, M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, ob cit., pp. 237 y ss, quien afirma que la garantía de una tutela judicial efectiva, no sólo formal, sino también material, frente a la actuación administrativa presupone "*la exigencia constitucional de una determinada densidad en su programación normativa*"

²² *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^aed., cit., pp. 47-48.

²³ Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, "Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales", *Poder Judicial*, núm. 31,1993, pp. 205-234

²⁴ Publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, 1997, pp. 5 y ss.

sibilidad material, etc, etc); y ii) porque sería iluso entender que las garantías de los derechos y libertades, por mencionarlas en las normas, ipso facto se convierten en garantías materiales. Nadie con alguna experiencia en la realidad administrativa y en la actuación forense puede admitir que el reconocimiento de un derecho implica automáticamente su correcta tutela. De lo que dice formalmente la ley a lo que se aplica en la práctica hay un largo trecho, que, sin duda, debe ocupar la adecuada técnica jurídica, para que pueda de verdad ese derecho convertirse en una realidad práctica al alcance de los ciudadanos. Con este planteamiento de "lucha continua", es obvio que muchos lugares comunes y convenciones académicas deben remozarse a la luz de las virtualidades que la Constitución ofrece, y que, en algunos casos, no han sido suficientemente exploradas, y mucho menos explotadas. Hay un caso de una evidente importancia y significación: el de la discrecionalidad técnica y el de los nombramientos discrecionales efectuados por el Consejo General del Poder Judicial²⁵, órgano de gobierno de dicho Poder (art. 122.2, CE.), puesto que de una postura reticente al control efectivo de dichos nombramientos, en la cual la jurisprudencia utilizaba subterfugios como la colegialidad del órgano, los motivos de confianza o la gran discrecionalidad para no entrar en la fiscalización real y efectiva del nombramiento, se ha pasado a otra mucho más progresiva que entra seriamente en el control del nombramiento, con el uso de técnicas y criterios que obligan a desarrollar una motivación detallada de aspectos que antes se cubrían con el manto de la discrecionalidad. Es este asunto de los nombramientos discrecionales del CGPJ un ejemplo elocuente del avance de las técnicas jurídicas en orden al control de la Administración Pública²⁶, y que tienen en la motivación de los actos y acuerdos discrecionales

²⁵ En adelante, CGPJ.

²⁶ El CGPJ es, como dice el artículo 122.2 de la Constitución, "el órgano de gobierno del mismo", y estará "integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión" (art. 122. 3, CE). Por tanto, es evidente que no es un órgano inserto dentro del organigrama del Poder Ejecutivo, ni, por lo tanto, de la Administración Pública (arts. 97, y ss y 103 y ss CE), como refleja, por otra parte, su propia ubicación sistemática dentro de la Constitución Española –que es en el Título VI, relativo al "Poder Judicial", y no en el Título IV, que es el que alude "Del Gobierno y de la Administración" (arts. 97-107)–. Sin embargo, es evidente que para el Ordenamiento jurídico se trata de un órgano en el cual se desarrolla actividad administrativa estrictamente considerada. Así se colige de lo dispuesto en el artículo 143.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), y, por supuesto, de lo establecido en el artículo 1.3. b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dice que conocerán –los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo–, las pretensiones

les un cauce que debe ser seguido en otros ámbitos administrativos

2. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y MOTIVACIÓN: UNA RELACIÓN CONFLICTIVA PERO OBLIGADA

Pero antes de analizar estos pronunciamientos del Tribunal Supremo, con la extensión que esta evolución jurisprudencial merece, es preciso destacar la necesaria relación que tiene que existir entre discrecionalidad administrativa y motivación en el seno de un Estado de Derecho. La motivación de los actos y acuerdos administrativos discrecionales no estaba específicamente prevista en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958²⁷, lo cual fue criticado por la doctrina más autorizada²⁸. Ha sido la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, la que ha venido a incorporar esta elemental exigencia de los actos y acuerdos discrecionales (art. 54 1, f)²⁹, como consecuencia de una cabal interpretación y aplicación de la Constitución, y de la necesidad de que no sólo la Administración actúe de acuerdo a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), sino de que pueda ser efectivamente controlada por los Jueces y Tribunales (art. 106.1), para evitar, asimismo, la arbitrariedad (art. 9.3, CE).

Desde una perspectiva más amplia, hay que tener en cuenta que hoy el

que se deduzcan en relación con “*Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”

²⁷ Este precepto se limitaba a decir:

1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:
 - a) Los actos que limiten derechos subjetivos
 - b) Los que resuelvan recursos
 - c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos
 - d) Aquellos que deban serlo en virtud de disposiciones legales; y
 - e) Los acuerdos de suspensión de actos que hayan sido objeto de recurso.
2. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los actos enunciados en el artículo 40, apartado b), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa.

²⁸ Así, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 4.ª ed. 1983, pp.524 y 525.

²⁹ Vid L. MARTÍN REBOLLO, “Capítulo VII Disposiciones administrativas y actos administrativos”, en el vol colectivo, dir por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1.ª ed. 1993, p.164, quien afirma que la exigencia de motivar los actos discrecionales era “una generalizada aspiración doctrinal, como medio de poder controlar el ejercicio de la potestad discrecional (...)”

deber de motivar las decisiones administrativas tiene alcance europeo. La misma *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* prevé en su artículo 41, dentro del "derecho a una buena Administración", la "*obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones*". Y el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha declarado que no es suficiente con referir o reproducir el texto de los artículos que se aplican, sino que debe señalarse *la justificación de la medida adoptada por la Comisión* (STJCE de 24 de enero de 1992, caso *La Cinq. S. A.*) para que el interesado pueda defender sus derechos y comprobar si la medida es o no fundada. Esto comporta que la necesidad de motivar no es una mera formalidad, sino que conecta con una cultura jurídica, asumida y asentada ya de forma clara, en la que la Administración, o, más ampliamente, los poderes públicos, deben dar cuenta y razón de sus medidas, comportamientos u omisiones. En este contexto, la motivación es una consecuencia lógica de la plasmación de un verdadero Estado de Derecho y de una Sociedad democrática avanzada, que requiere una Administración que se sujete al Derecho, y que así lo pruebe en la práctica, explicando debidamente lo que dicta.³⁰ Y de hecho, como refiere COSCULLUELA, los supuestos de motivación que ampara y exige el ordenamiento jurídico son tan amplios que "*prácticamente sólo los actos reglados favorables al interesado y no perjudiciales para tercero quedan exentos de motivación*"³¹

La motivación es precisa, como ha destacado el Tribunal Supremo (STS de 15 de octubre de 1981, Ar. 3673), porque es *la "exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular que por omitirse las razones se verá privado, o*

³⁰ La STS de 25 de julio de 2006 declaró, entre otras cosas: "*La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante en nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (...), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE y que, también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad de la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones"; por ello, en el caso que trata, esta STS dice que se requería justificar la decisión que, en el momento de la aprobación provisional y definitiva, se aparta del criterio de la aprobación inicial del plan.*

³¹ *Manual de Derecho Administrativo Parte General*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 21.^a ed. 2010, p. 330

al menos restringido, en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriera contra el acto"; y si, en consecuencia, es necesaria en una serie de actos y acuerdos para exteriorizar la razón o causa del acto, y, paralelamente, para poder controlar los mismos³², cobra una especial relevancia cuando esos actos son producto del ejercicio de la potestad discrecional. En este extremo, frente a la crítica que en otros apartados la Ley 30/1992 merece, dicha previsión exige reconocer su avance³³, pues reconduce a una conclusión clara: si el acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional no es motivado se presenta como caprichoso o arbitrario, y, por tanto, como potencialmente ilegal³⁴. La doctrina que se ha ocupado de esta cuestión es muy clara sobre este punto. Así, T. R. FERNÁNDEZ sostiene que la "motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal"³⁵. Y la jurisprudencia en un ámbito en el cual la discrecionalidad tiene su campo abonado, como es el de la planificación urbanística³⁶, ha destacado los medios y las formas de

³² Puede consultarse el estudio de M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, quien (pp. 223 y 224) argumenta que "la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, junto con una decidida jurisprudencia del Tribunal Supremo en favor de la aplicación directa del principio de objetividad y del de interdicción de la arbitrariedad, llevan a nuestra jurisprudencia a manejar la motivación, no como un puro requisito de forma, susceptible siempre de convalidación e irrelevante si no impide interponer los recursos oportunos, sino como un verdadero requisito de la actividad administrativa, cuando no pueda apreciar el criterio de la decisión".

Hay que indicar, sin embargo, que la jurisprudencia matiza en función de que el acto administrativo sea resolutorio o de mero trámite; así la STS de 9 de marzo de 2006, en un supuesto de requerimiento de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, declaró que tenía motivación suficiente. "Es necesario –aseveró el Supremo –, tener en cuenta que el requerimiento de información, no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el período informativo previo (...), con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse".

³³ Vid. F. GARRIDO FALLA y J. M.³ FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, p.157. Se destaca que es la más importante novedad de la Ley en relación con la motivación.

³⁴ A. DORREGO DE CARLOS y C. GUTIÉRREZ VICÉN, "Capítulo 9. Disposiciones y actos administrativos (artículos 41, 45 y 46 y 51 a 61)", en el vol colectivo *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, coord por B. PENDÁS GARCÍA, Praxis, Barcelona, 1993, p. 442.

³⁵ *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 82.

³⁶ Debe advertirse que el artículo 3.1, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, establece que el "ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve". Una novedad sin duda muy relevante (en este sentido, J. M. DÍAZ LEMA, *Nuevo Derecho del suelo*.

control de esta discrecionalidad, y ha resaltado la trascendencia que tiene, por ejemplo, la memoria del Plan urbanístico para verificar el ajuste a Derecho de las decisiones que, desde un punto de vista estrictamente extrajurídico, adopta el planificador y que se explicitan en el plan finalmente aprobado. La STS de 21 de enero de 1997, por ejemplo, ha declarado que esta memoria expresa la motivación del plan, es decir, manifiesta la " *exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y por consecuencia, las determinaciones del planeamiento*"³⁷. La memoria, pues, sirve para "evitar la arbitrariedad" (STS de 9 de julio de 1991), y por consiguiente se desenvuelve en un contexto en el cual hay una unión esencial entre motivación y discrecionalidad.

Es evidente, por tanto, que los actos discrecionales deben estar motivados, ya que ello permite comprobar cuáles son las razones o causas que han impulsado a la Administración para adoptarlos y asegura así un mejor control de la discrecionalidad administrativa por parte de los particulares (STC 37/1982, de 16 de junio). Hasta aquí todo parece claro; el problema surge al tratar de determinar qué se entiende por motivación suficiente, pues una vez establecido: a) *que hay una relación inescindible entre ejercicio de la discrecionalidad y motivación de los actos y acuerdos administrativos*, y b) *que es preciso motivar, por tanto, todos los actos y acuerdos aprobados en ejercicio de las potestades discrecionales, en aplicación del artículo 54.1, f) de la Ley 30/1992*, lo problemático es saber cuál es el carácter, contenido y alcance de esta motivación; es decir, si puede reputarse motivación cualquier argumento o fórmula de estilo que la Administración tenga por conveniente consignar en el acto o acuerdo que dicta, ya que el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 se limita a disponer que serán motivados "con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho". Lo cual puede ser interpretado –y así se interpreta a veces– como la expresión de unos escuetos datos o juicios de valor, sin soporte alguno en el expediente, y que, en realidad, no indican nada, o, por el contrario, este requisito implica expresar una justificación mínimamente consistente de la decisión. A nuestro juicio, la motivación que exige el artículo 54.1 (que, por lo demás, debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con los arts. 9.1 y 3, 24.1, 103.1 y 3, y 106, CE, entre otros) es una motivación real o material³⁸, y no me-

Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2008, pp. 18 y 19)

³⁷ Véase, sobre este particular, el libro de J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., pp. 44 y ss.

³⁸ En esta dirección, véanse M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob cit., pp. 31 y ss, y M. ATIENZA, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, 1995, pp. 18 y ss, quien subraya que

ramente formal. Una motivación que no tiene que ser por fuerza extensa o minuciosa³⁹, pero sí precisa, suficiente (STS de 9 de junio de 1986) y coherente con lo actuado en el expediente⁴⁰. Por tanto, no basta con que se “rellenen” de

“motivar una decisión no significa explicarla, sino justificarla”, pues un acto arbitrario *“no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptable, es decir, que carece de justificación”*. Pero es que la Administración en muchísimas ocasiones ni siquiera llega a la explicación más elemental, ya no digamos a la justificación, que parece ya una sutileza versallesca para muchos administradores acostumbrados a decidir sin explicar, y que, incluso, ven “justificar” la resolución como una especie de renuncia inaceptable ante el particular. Con estas costumbres administrativas es con las que hay que acabar, imponiendo una motivación seria y consistente, es decir, una motivación material.

³⁹ Se ha permitido, incluso, la remisión a informes que puedan haber realizado otros órganos, que son asumidos por el órgano que dicta el acto final, pero ello siempre que el informe tenga una motivación suficiente (SSTS de 30 de junio de 1986 y 4 de noviembre de 1988). Y el artículo 89. 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dice textualmente que *“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”*. Sin embargo, esto no siempre ha sido así en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, una significativa STS de 5 de julio de 1996, dictada en un recurso de casación en interés de Ley, relativo al reconocimiento de los tramos de investigación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad (conocidos coloquialmente como sexenios), declaró algo tan curioso como que las *“decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora de la actividad investigadora están suficientemente motivadas aunque no manifiesten explícitamente las razones por las que valoran negativamente un período o períodos de investigación, cuando hacen suyas las puntuaciones asignadas por los Comités Asesores al valorar globalmente el conjunto de las aportaciones en cada uno de los criterios objeto de evaluación”*. Lo cual significa que se acepta un informe que contiene sólo un número (5, 6, 7, etc), y esto, según el Tribunal Supremo, es “motivación”, cuando es patente que en ese informe no hay una motivación “suficiente”, como ha destacado SALAVERRÍA, que entiende que el Alto Tribunal opta por considerar motivación suficiente lo que no es *“ni siquiera motivación”* (“Discrecionalidad y motivación (Algunos aspectos teórico-generales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, 2002, p. 141)

⁴⁰ *Precisa* en cuanto que no puede reputarse motivación afirmaciones abstractas o genéricas que sirven para todo (Cfr., por ejemplo, M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob cit., pp 190 y 191, donde refiere la jurisprudencia que exige precisión en las normas y los hechos); *suficiente*, (STS de 22 de junio de 1995), ya que deben consignarse los hechos y los fundamentos de derecho, pero ello no quiere decir que con la mera transcripción de un precepto, o con la escueta consignación de un dato o hecho, sin integrarlo en una explicación convincente, queda satisfecha esta exigencia. La motivación suficiente exige que haya un discurso -aunque sea esquemático, pero lo suficientemente elocuente -, que permita conocer la secuencia lógica entre los hechos que se tienen en cuenta y el Derecho que se aplica, articulando una conexión plausible de acuerdo con las reglas y técnicas del Derecho y del sentido común; y *coherente*, porque debe haber una conexión lógica entre lo que se solicita y se tiene en cuenta en el expediente y lo que se decide; no invocando cuestiones que no se plantean, ni teniendo en cuenta hechos que no proceden para estimar o denegar lo que solicita el interesado. O, por el contrario, no teniendo en cuenta lo sustancial, y sobrevalorando los aspectos periféricos o irrelevantes de lo que se plantea (vid., por ejemplo, A. HUERGO LORA, “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998, p.92, que alude al carácter incorrecto de la motivación que no consigna los verdaderos motivos del acto, sino otros erróneos). La coherencia tiene mucho que ver con la lógica, pero también con la seriedad y la seguridad en el actuar administrativo (Cfr., por ejemplo, J. M.³ BOQUERA OLIVER, voz “Motivación del acto administrativo”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica III*, Civitas, Madrid, 1.³ ed. 1995, pp. 4343 y 4344, quien cita una STS de 21 de marzo de 1968, Sala 4.³, que recalca la *“necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el Derecho aplicable y la decisión adoptada”*) Estos tres requisitos, que consideramos esenciales para poder hablar en serio de una motivación material, sencillamente a

cualquier manera los fundamentos que preceden a la decisión, sino que *“entre ésta y la apoyatura fáctica y normativa que le precede deba existir congruencia. Porque una resolución administrativa, al igual que una sentencia, es un conjunto coherente y solidario”*⁴¹. La eficacia o la rapidez –o *la economía procesal*, excusa que esgrime, por ejemplo, el voto particular que formulan algunos magistrados del Tribunal Supremo a la, por otra parte, correcta STS de 29 de mayo de 2006⁴²– no pueden invocarse en detrimento de los derechos e intereses de los ciudadanos, y, por consiguiente, el carácter “sucinto” no puede servir de apoyo a excusas para no exteriorizar verdaderamente los fundamentos que se han tenido en cuenta para adoptar el acto o acuerdo por la Administración. La doctrina del Tribunal Supremo de los últimos años se muestra

veces no se aplican por la Administración, y, lo que es todavía más grave, por los propios Tribunales. El ejemplo de la STS, ya citada, de 5 de julio de 1996, o, incluso, de la STC 17/2009, de 26 de enero, son ilustrativos de esta materia. En concreto, es grave que la STC 17/2009 se apoye en la STS de 5 de julio de 1996, cuando ya se sabe que es una STS muy poco elogiabile.

⁴¹ F. GONZÁLEZ NAVARRO, en el volumen colectivo, elaborado junto con J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1997, p.1502. Este autor, además, subraya que dada la unidad de esencia que existe entre *“proceso judicial y el llamado procedimiento administrativo, es perfectamente aplicable a éste la doctrina que sobre motivación de las sentencias judiciales ha recogido el Tribunal Constitucional en alguna sentencia”*, como, por ejemplo, la STC de 13 de mayo de 1987 (M. M. FERNANDO PABLO (*La motivación del acto administrativo*, cit., pp. 31 y ss ha analizado la proximidad de la motivación del acto administrativo y de la sentencia, así como las diferencias entre Poder Ejecutivo y Poder Judicial a estos efectos. Es obvio que hay que remitirse a este estudio, pues en un trabajo de esta naturaleza no se puede entrar).

Respecto a la coherencia que debe tener la resolución judicial, debe recordarse que las SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, y 64/2010, de 18 de octubre, declaran que el *“derecho a obtener una resolución judicial motivada (...) Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia”* (STC 64/2010, de 18 de octubre, FJ. 3, con cita de otras SSTC). La STC 214/1999, de 29 de noviembre (FJ.4), además, subrayó que *“es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”* (Vid, asimismo, SSTC 96/2006, de 27 de marzo FJ. 6, y 105/2009, de 4 de mayo, FJ.2)

⁴² Sentencia que resolvió la impugnación del Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombró presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y que supone un cambio muy relevante y positivo de la doctrina del Alto Tribunal acerca de la motivación de los nombramientos judiciales, como se analizará más adelante.

partidaria de esta exigencia, esto es, de una motivación verdadera, y no de un simulacro de motivación con referencias escuetas o abstractas que sirven para todo, y que no justifican –y ni siquiera explican–, nada. La STS de 22 de junio de 1995 (Sala 3.ª, Sección 3.ª), declaró que *"La motivación de los actos administrativos, es decir, los motivos de hecho y de derecho del acto, han de ser sucintos, pero suficientes, de suerte que explicitan la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa"*; y la más reciente STS de 19 de julio de 2010 declara expresamente, en un asunto relativo al control de la motivación del juicio técnico de los Tribunales de oposiciones, que *"al recurrente no se le ha ofrecido una motivación sobre la no valoración de los méritos; y no puede calificarse de tal lo que se hace constar en la Hoja de baremación y en el Informe obrantes en las actuaciones, pues lo único que incluyen son expresiones abstractas y estereotipadas"*⁴³; y con respecto a la memoria de los Planes urbanísticos –asunto que no nos interesa en este artículo– ya hay unos pronunciamientos jurisprudenciales más o menos desarrollados que delimitan el contenido y alcance de la memoria. No es así en otros ámbitos en los cuales la discrecionalidad impera con fuerza, y siempre existe el peligro de que la motivación se trate de cumplir con expresiones vagas, con fórmulas estereotipadas que sirven para solventar muchos casos, pero que, en realidad, nada dicen de lo sustancial en el caso concreto. Un buen ejemplo de lo que se afirma es la criticable STS de 9 de diciembre de 2002, en un recurso interpuesto contra un acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en virtud del cual se hacía un nombramiento de Secretario del Servicio de Inspección del Consejo, en el que se esgrimía por la recurrente tener mayores méritos que el finalmente seleccionado y la falta de motivación. Pues bien, el Tribunal Supremo, sin el menor rubor, declaró: *"La no exigencia del requisito de motivación, entendido en el sentido de comparar los méritos de los distintos concursantes, justificando la superioridad de los apreciados en el nombrado, en supuestos equivalentes al enjuiciado, ha sido ya establecida por la*

⁴³ También la STS de 14 de abril de 2009, en un procedimiento para el acceso a la carrera judicial por la categoría de Magistrado, entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional, declaró que la motivación *"requiere explicar suficientemente cuales son las concretas razones de mérito y capacidad que determinan la elección de los aspirantes o participantes que resulten finalmente nombrados en dichos procedimientos"*. Esta STS asume la doctrina de las SSTs de 29 de mayo y 27 de noviembre de 2006 y 27 de noviembre de 2007, que luego se analizarán, y resalta que *"dicha exigencia está directamente conectada con el mandato de interdicción de la arbitrariedad y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículos 9.3 y 24 CE), pues va dirigida a hacer posible el control jurisdiccional sobre la certeza y validez de las razones que hayan llevado al Tribunal Calificador a su declaración contraria a la inaptitud del aspirante y, fundamentalmente, sobre si esa decisión se ajustó a esos parámetros de mérito y capacidad y no fue un mero ejercicio de voluntarismo"*

jurisprudencia de la Sala (...). Sin necesidad de reiterar íntegramente los argumentos expuestos en dichas resoluciones (...), sí diremos, con referencia a la sentencia de 30 de noviembre de 1999, en lo que resulta aplicable, que ni en los preceptos que regulan la materia, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración de de calificación de los méritos invocados por los solicitantes, al modo de lo que en general se contiene en otros procedimientos selectivos, por lo que, obviamente, resulta, por un lado, que la libre apreciación de los méritos correspondientes sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el CGPJ puede valorar libremente, sin estar sometido al requisito formal de la motivación, y, por otra parte, que como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podrá ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de motivación. Desde otro punto de vista, la citada sentencia de 30 de noviembre de 1999 pone de manifiesto que tal ejercicio de la discrecionalidad (en este supuesto de la libre apreciación de los méritos) corresponde a un órgano colegiado (el Pleno del CGPJ) y que es dicho órgano el que verifica el nombramiento, como expresión de una voluntad conjunta del mismo a través de un sistema de votación, que refleja su criterio, sin que sea necesaria una motivación expresa y pormenorizada de su opinión por parte de cada uno de los Vocales del Consejo. En suma, nos encontramos en un supuesto en que la calificación de los méritos de los que concurren al concurso se encomienda a la libre y discrecional apreciación del órgano colegiado que debe resolver dicho concurso, configurando el cargo en cuestión como un cargo de confianza, que se basa en la exigencia de un motivo de esta naturaleza (...)". Por tanto, de esta curiosa tesis se colige que lo que prima es la "confianza", pues los méritos –sin son mayores o menores, de una clase o de otra– son apreciados libremente por ese órgano colegiado que integra su voluntad a través de un sistema de votos, que no deben motivarse. Lo que empieza como un "concurso de méritos", lo interpreta el Tribunal Supremo en esta Sentencia como una operación abierta para trocar, y, por ende, transformar en una elección por motivos de confianza. La pregunta que surge de inmediato es la siguiente: ¿para qué hablar, entonces, de un concurso de méritos, si al final éstos, que, en buena lógica, deben ser objetivos, no son estimados con neutralidad y rigor, y lo que se impone es algo tan indeterminado y volátil como la confianza que puede inspirar el candidato?. Es más, ¿es serio invocar el carácter colegiado de un órgano para, pura y simplemente, exonerar del deber de motivar sus acuerdos?. ¿Es que el artículo 54 de la Ley 30/1992 no se aplica a los órganos

colegiados?⁴⁴. Las quiebras técnicas de esta STS⁴⁵ son de bulto, e impropias de un Alto Tribunal. En similares terrenos se desenvuelven las SSTs de 12 de febrero y 19 de febrero de 2008, que declaran que las normas de la convocatoria "*no exigen una motivación de la decisión del Tribunal diferente a la de una determinada puntuación dentro de la escala contemplada por tal regulación*", o la ya citada STS de 5 de julio de 1996, dictada en un recurso de casación en interés de Ley, relativo al reconocimiento de los tramos de investigación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (conocidos coloquialmente por "sexenios"⁴⁶).

⁴⁴ Es sabido que la exigencia de motivación, prevista en el artículo 54.1, f) de la Ley 30/1992, se aplica tanto a los actos administrativos dictados por los órganos unipersonales como a los acuerdos adoptados por los órganos colegiados, pues el referido precepto no hace distinción de órganos (en este sentido, véase, E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp.228 y ss.)

⁴⁵ Esta STS de 9 de diciembre de 2002 es criticable por varias razones. Primero, porque parte del dogma de someterse a las bases de la convocatoria, y, de alguna manera, recrimina al recurrente no haber impugnado las mismas en tiempo y forma; la segunda porque arguye un motivo de confianza en un concurso de méritos, cuando lo relevante en éste es la apreciación objetiva de los méritos; y, tercero, porque es improcedente invocar la confianza, que, además, se puede interpretar de múltiples formas. Por si todo ello fuera poco, trata de aplicar de forma voluntarista e incorrecta la, por lo demás criticable –como veremos– STS de 30 de noviembre de 1999 a un concurso de méritos, cuando esta STS se refería al nombramiento discrecional de un Presidente de Audiencia Provincial. El resultado que se persigue es no cumplir con el deber de motivar, utilizando unas bases conceptuales inadecuadas para ello.

⁴⁶ Regulados por el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones al profesorado universitario, modificado en varias ocasiones, y por la Orden Ministerial, de 2 de diciembre de 1994 (luego se han dictado distintas Resoluciones, como la Resolución de 18 de noviembre de 2009 de la Presidencia de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, por la que se actualizan los criterios específicos en cada uno de los campos de evaluación), y que tiene una importancia mucho mayor que la meramente económica, pues la evolución normativa posterior ha definido una situación en la cual se tienen en cuenta como indicador cualificado de la calidad, para ser nombrado, por ejemplo, Profesor Emérito, para pertenecer a Comités y Tribunales académicos, o formar parte de los criterios aplicados en el reparto de los presupuestos destinados a la investigación, e incluso para reducir las obligaciones docentes (cfr. Reglamento de Planificación académica de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, de 2 de julio de 2010). Obsérvese cómo el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios ("BOE" núm 240, de 6 de octubre de 2007), establece en su artículo 6, entre los criterios para la designación de los miembros de las comisiones que valoran las solicitudes de acreditación como Catedráticos de Universidad y Profesores Titulares de Universidad, la de justificar "la posesión de tres períodos de actividad investigadora reconocidos de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1086/1989 (...) y de dos de dichos períodos", para pertenecer a estas comisiones y acreditar a Catedráticos (tres tramos) o Titulares de Universidad (en este caso se exigen dos tramos). Pero es que ese mismo Real Decreto 1312/2007, en su anexo, da una importancia capital a la posesión de los sexenios, pues dice que "la aportación de un período de actividad investigadora reconocido de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, de retribuciones del profesorado universitario, tendrá una valoración de 15 puntos", dentro de un baremo que concreta en 55 como máximo para la actividad investigadora. Esto prueba la trascendencia que se les da a los famosos sexenios. Y la literatura que se ocupa de la Universidad ya empieza a enfatizar su relieve

En este contexto es donde es necesario analizar el cambio que ha experimentado la doctrina del Tribunal Supremo sobre los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial. De un lado, una arraigada tendencia a esgrimir argumentos poco consistentes para no motivar. De otro, la exigencia de enfocar esta importante cuestión de acuerdo con las exigencias constitucionales de un verdadero Estado de Derecho. Veamos, pues, cómo se ha producido esta evolución.

3. LA NO EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN POR EXISTIR RAZONES DE CONFIANZA Y POR SER COLEGIADO EL ÓRGANO QUE ADOPTA EL ACUERDO: STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1999

El Tribunal Supremo en varias Sentencias dictadas después de la Constitución, y de la misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha mantenido una tesis en virtud de la cual no era precisa la motivación de nombramientos discrecionales. Ejemplo muy significativo de esta tesis es la STS de 30 de noviembre de

A. OLLERO (*Qué hemos hecho con la Universidad. Cinco lustros de política educativa*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 1.ª ed. 2007, pp. 386-389) destaca que los llamados “gallifantes” parecen haberse convertido en la principal preocupación de buena parte del profesorado universitario, y que, en general, han sido positivos para incentivar al colectivo. Por eso, es claro que la resolución de estos expedientes debe asegurar la adecuada tutela de los derechos e intereses de los solicitantes, algo que no siempre se consigue. El mismo OLLERO, que tiene una concepción muy positiva de los sexenios, habla de erradicar “*la clandestinidad imperante (...) bajo la que no es difícil detectar frutos de arbitrariedad en algunos déspotas ilustrados*”. Y otro analista habitual de las cuestiones universitarias, Andrés DE LA OLIVA (“Corporativismo, Derecho y Universidad”, *ABC*, de 29 de noviembre de 1998, p. 56), refiere en defensa de los universitarios, lo siguiente: “*(...) si fueran la mitad de la mitad de corporativistas de lo que se dice, no cobrarían los catedráticos lo que cobran, no tendrían las incompatibilidades que tienen (...) y no serían los únicos servidores públicos cuyo trabajo investigador es sometido a evaluación, a efectos retributivos, por un tribunal inquisitorial de ignotos personajes –como si fueran encapuchados–, que ni siquiera dicta resoluciones motivadas. La Universidad no anda bien (...)*”. De suerte que lo que inicialmente nace con la intención de establecer un régimen retributivo especial aplicable al profesorado universitario ha derivado hacia otros fines.

En una situación como ésta, la doctrina de la STS de 5 de julio de 1996, es criticable, pues sencillamente le otorga una capacidad de decisión a la Comisión Nacional Evaluadora, sin que tenga que motivar nada en absoluto cuando, como ha quedado demostrado, estos sexenios son algo más que, por lo demás, una escasa cantidad de dinero mensual. Son un criterio cualificado de calidad, que el legislador y la práctica académica han realzado. ¿Cómo se puede permitir esta anomalía en un Estado de Derecho?. Ante una actitud de este carácter, hay autores que llegan a descalificar al sistema de sexenios, como L. PEÑA (“A vueltas con los sexenios y la evaluación del personal investigador”, *Boletín de la Asociación del Personal Investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, 1996), que llega a tildarlo de injusto e inservible (Puede, asimismo, consultarse el artículo de I. M.ª DE LOS MOZOS TOUYA, “A propósito del régimen retributivo de catedráticos y profesores titulares de universidad y de escuela universitaria: algunas evidencias y algunas dudas en el marco de la reforma legislativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 39, 2002)

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–. Esta Sentencia partía de la premisa de que la designación de este órgano ofrecía “peculiaridades y singularidades en orden a la motivación”, que merecen un tratamiento particularizado; y así decía en el Fundamento de Derecho quinto:

“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 en 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 Órgano de Gobierno competente para formular la propuesta puede apreciar libremente sin estar sometida al requisito formal de 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 11 de enero de 1997), 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 Órgano de Gobierno de aquél”.

Y en el Fundamento de Derecho sexto destaca el otro argumento para eludir la motivación, y arguye:

“Desde otro punto de vista ha de ponerse de manifiesto que tal ejercicio de la discrecionalidad, con las peculiaridades expuestas, corresponde aquí a un Órgano Colegiado, no a una persona singular, y que es dicho Órgano 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 1997, aunque también cabe invocar que en los acuerdos discrecionales de las características del impugnado, la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional es el verdadero fundamento o motivación de aquél".

Por tanto, se señala por el Alto Tribunal, en primer lugar, que el nombramiento se hace por motivos de confianza; en segundo término, que al provenir de un órgano colegiado que forma su voluntad a través de un sistema de votaciones, no es posible la motivación. Además, arguye que no es necesaria esa motivación ni serviría para controlar jurisdiccionalmente la decisión, pues la jurisdicción es "revisora", y, por último, afirma de forma sorprendente que en un nombramiento como el que se impugna "la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional es el verdadero fundamento o motivación de aquél". La construcción que hace esta STS del asunto es, de entrada, superficial, parte de unas premisas equivocadas o, cuanto menos, discutibles –el caso de invocar que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora es un ejemplo– y aboca a una conclusión incompatible con un Estado de Derecho: que los nombramientos nada menos de Presidentes del Audiencias Provinciales son derivados de la "confianza" que deposita en ellos el Consejo General del Poder Judicial, como si fueran cargos políticos de confianza. Pero esto sencillamente no es así

Primero, es superficial porque sólo utiliza conceptos que no tienen una directa conexión con el caso que se discute (SOSA WAGNER habla de razonamiento "*tan de brocha gorda*"⁴⁷), sin profundizar verdaderamente en el núcleo del asunto que se debate; ¿a qué viene invocar la confianza cuando estos relevantes puestos son desempeñados por profesionales a los cuales se les exige acreditar méritos?⁴⁸; ¿cómo es posible asimilar "discrecionalidad técnica"

⁴⁷ Véase la nota siguiente

⁴⁸ Vid, sobre este extremo, M. BACIGALUPO SAGGESE, "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar

con "libre designación", cuando es patente que técnicamente son cosas bien distintas?⁴⁹; ¿para qué se les exige a los solicitantes de esas plazas que aporten sus méritos si al final éstos carecen de relevancia, pues sólo la "confianza" que pueden inspirar al Consejo es determinante?. Todo esto es sin duda muy contradictorio y demasiado lineal, pues no se ha abordado con la profundidad de perspectiva que el caso merecía desde la óptica constitucional (arts 9.1 y 3, 14, 23, 24, 103 106 y 122, CE.) invocando de aquí y de allá categorías que no tenían una directa aplicación al caso, como la supuesta confianza o la discrecionalidad técnica. Lo cierto es que los candidatos deben aportar méritos, y éstos deben servir para algo. Como ha destacado BACIGALUPO, que criticó con crudeza esta STS, *"parece obvio que para determinar si en la selección de los candidatos se han marginado o no los méritos de éstos habrá que conocer qué méritos tomó en consideración el órgano selectivo y cómo los valoró en relación con cada uno de los aspirantes. Es éste, precisamente –prosigue este autor–, el contenido necesario de la motivación exigible en los nombramientos –administrativos o judiciales (distinto es el caso de los nombramientos políticos– de carácter discrecional (en los que la discrecionalidad, insisto, no radica en poder elegir entre fundar el nombramiento en una valoración de los méritos de los aspirantes o fundarlo sólo en motivos de confianza que ni siquiera resulta necesario exteriorizar, sino tan sólo en el carácter no reglado de aquella valoración, de la que, no obstante ello, en modo alguno cabe prescindir)"*⁵⁰.

Por lo demás, es claro que los cargos judiciales, por la relevancia constitucional que tienen, y por la trascendencia de su actuación para el Estado de Derecho, no pueden nombrarse sobre la base de algo tan volátil e inseguro como la confianza⁵¹, pues hay una garantía constitucional de independencia y sometimiento exclusivo a la ley y al Derecho de los Jueces y Magistrados (art. 117.1, CE), por lo que se parte de una premisa equivocada cuando se entiende que estos nombramientos se basan en la confianza.

los nombramientos judiciales de carácter discrecional?, cit., p.413. Por su parte, F. SOSA WAGNER en un artículo publicado en el periódico *El Mundo*, de 17 de diciembre de 2007, titulado *"Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial"*, afirmaba que esta forma de razonar era *"de brocha gorda"*

⁴⁹ M. BACIGALUPO SAGGESE, cit., p. 413

⁵⁰ Cit., p. 415.

⁵¹ Además, ¿qué tipo de confianza?; ¿personal o política?; y ¿con arreglo a qué criterios se puede tener o no tener confianza en un determinado sujeto?. Es obvio que en la vida diaria por intuición o por experiencia podemos saber quién nos inspira confianza o no. Pero también es claro que esto es muy subjetivo, y, en todo caso, muy inseguro. No es, por tanto, de recibo apoyar nada menos que un nombramiento de este tipo en una premisa así.

Pero es que, además, no es correcto entender que, por el hecho de que sea un órgano colegiado el que adopta el acuerdo de nombramiento, ello implica la no exigencia de motivación, o de que ésta sea imposible, ya que ese acuerdo es producto de un sistema de votaciones. Sencillamente no se puede compartir esta tesis si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 54. 1, f) de la Ley 30/1992, que exige la motivación de los actos y acuerdos administrativos cuando se dicten en el ejercicio de las potestades discrecionales, sin que distinga entre actos de órganos unipersonales y acuerdos de órganos colegiados. Se impone la motivación a todos⁵², y, por consiguiente, no se puede aceptar como válido técnicamente lo señalado por el Tribunal Supremo para exonerar del deber de motivar, incluso cuando ese órgano colegiado sea el Consejo General del Poder Judicial, y los nombramientos sean, como es el caso que se discutía, discrecionales.

La discrecionalidad de un nombramiento como el que se ventilaba no es, pues, igual a libre designación, ni permite apoyarlo en motivos de confianza. Por lo demás, la colegialidad no permite que se pueda prescindir de la motivación. Los fallos de orden técnico que tenía esta STS eran, pues, muy claros, y por ello el mismo Tribunal Supremo rectificó esta doctrina en Sentencias posteriores.

4. UN CAMBIO RADICAL SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACUERDOS DISCRECIONALES: LA STS DE 29 DE MAYO DE 2006

Las insuficiencias de esta tesis fueron reconocidas por el Alto Tribunal en una Sentencia muy significativa, asimismo, porque versaba sobre la impugnación del Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombró Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a D. Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez. Esta STS de 29 de mayo de 2006 (recurso núm. 309/2004), tiene una perspectiva más adecuada a lo exigido por la Constitución, y profundiza con un notable grado de calidad en el asunto que resuelve. Así, frente a la alegación del recurrente según la cual la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional no está excluida del sistema de concurso, el Alto Tribunal, partiendo de lo dispuesto en los artículos 326 y 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, declara: "*Una interpretación conjunta de ambos preceptos permite concluir que la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional presenta un perfil mixto,*

⁵² Véase, E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados...*, ob cit., pp. 228 y ss.

en cuanto que su cobertura resulta de la apreciación de elementos objetivos y reglados, junto con otros que requieren valoraciones subjetivas y de difícil encaje en módulos o baremos preestablecidos, por más que referidas en todo caso a la idoneidad para el ejercicio de la función y en ningún caso ajenas a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad”.

“Ciertamente –prosigue el Tribunal Supremo–, el aspirante debe reunir los años de servicios requeridos por el artículo 333, tanto en la categoría de Magistrado como en el ejercicio de la función jurisdiccional en el Orden correspondiente. Ambos elementos son reglados y su concurrencia puede constatarse de forma objetiva. Ahora bien, la designación del adjudicatario de la plaza, entre los candidatos que reúnan esos requisitos objetivos, es fruto de una valoración integral o global del candidato (de sus aptitudes personales, su formación jurídica y su experiencia profesional) no reducible a criterios previamente baremados, en cuya apreciación no puede negarse al órgano de selección un amplio margen de libertad de apreciación”. Por tanto, dice que resulta lógica esta caracterización mixta del sistema de cobertura, ya que el puesto *“conlleva no sólo la intensa labor técnico-jurídica propia del ejercicio de la función jurisdiccional en ese puesto, sino también la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, para lo que se requieren aptitudes personales que trascienden de los puros conocimientos técnicos y cuya valoración no puede reflejarse en un baremo, por más que se trate en todo caso de aptitudes siempre referidas a idoneidad para el mejor desempeño del puesto y no a aspectos extraños y ajenos al mismo, como pudieran ser la empatía personal o la afinidad política”.* Por ello concluye que el destino no puede configurarse como un puesto de libre designación en el sentido con que habitualmente se utiliza esta expresión en el ámbito de la función pública ni es un puesto que se cubra por concurso⁵³, ya que una vez

⁵³ El concurso y la libre designación son dos de las formas de provisión de los puestos de trabajo en el ámbito de la función pública, y se diferencian claramente, pues el concurso es el *“procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo”*, y consistirá en la *“valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico”* (art. 79.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público); mientras que la libre designación *“consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto de trabajo”* (art. 80.1 de la citada Ley 7/2007). Y una vez que se obtiene el puesto de trabajo por estos métodos, si en el caso del concurso el candidato sólo podrá ser desplazado del puesto en los casos de supresión del puesto de trabajo mediante modificación de la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo y de imposición de la sanción disciplinaria de suspensión por plazo superior a seis meses, y, por tanto, cuando la sanción es la separación de servicios (arts. 79.3 y 90.1, de la Ley 7/2007), en cambio, en la libre designación *“podrán ser cesados discrecionalmente”* (art. 80.4 de la Ley 7/2007). Por consiguiente, las diferencias son claras. En el concurso rige la valoración imparcial y objetiva de los méritos y aptitudes (art. 79.1, Ley 7/2007). En la libre designación lo que prima es la confianza; incluso la *“empatía”* con el responsable político. Así lo señala, por ejemplo, J. A.

logrado el cargo no puede ser libremente cesado o removido, como acontece en la libre designación. Sólo cesa de su cargo por casos estrictamente tasados, pero tampoco es un sistema de concurso porque –dice el Supremo–, “*la valoración última de la idoneidad de los aspirantes es irreductible a un baremo preestablecido*” (Fundamento de Derecho 3.º).

Con esto ya se da un paso importante: no se puede afirmar, como lo hacía la STS de 30 de noviembre de 1999, que es un cargo cubierto por el sistema de libre designación por motivos de confianza, sino que es preciso ponderar unos méritos, que, en unos casos, son reconducibles a un baremo, por su carácter objetivable, y en otros, no, ya que de lo que se trata es de tener presente aptitudes personales, relativas a la función directiva, coordinación de medios humanos y materiales, etc, que no pueden ser reconducidas a estrictos términos de baremo. Este matiz es sin duda interesante y certero, pues es sabido que se puede ser un pozo de sabiduría, esto es, acreditar unos sólidos conocimientos técnicos, ideales para la estricta función jurisdiccional, y, en cambio, carecer de facultades para coordinar medios personales y materiales⁵⁴. No tener, pues, aptitudes relativas a la gestión práctica de un órgano

SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2.ª ed. 2009, p. 672). “*Existen numerosos puestos que por la responsabilidad de sus tareas o por su proximidad a los responsables políticos, exigen una forma de cobertura que asegure la plena confianza entre éstos y el designado, así como la empatía entre ambos*”. En estos casos la decisión para cubrir el puesto es “*absolutamente libre*”, justamente, “*porque la existencia de una corriente de confianza no puede objetivarse de modo alguno*” (cit., p. 672). Es obvio que esto no puede aplicarse a los puestos y cargos judiciales que estamos analizando.

⁵⁴ Fuera del ámbito de la Administración de Justicia, se puede observar que la determinación legal de conferir la gestión de medios económicos, materiales y personales es en muchos casos claramente perfectible, porque una cosa son los conocimientos científicos y técnicos y otra bien distinta es la capacidad directiva y de gestión. En la Universidad, por ejemplo, con independencia de los errores que cometió la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, al establecer una gestión asamblearia deficiente (de ello me he ocupado, por ejemplo, en M. J. SARMIENTO ACOSTA, “La reforma de la organización universitaria”, en AA. VV, *Panorama Jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 1385-1402; y en *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 6, 2001, y, en el más reciente, “Reflexiones preliminares sobre la organización universitaria establecida por la Ley Orgánica de Universidades”, *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2003, pp. 239 y ss, que fueron sólo en parte corregidos por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades), es observable una cierta falta de profesionalidad en determinados cargos o puestos en los que tendría que tomarse más en serio la capacidad de gestión. Muchos de esos cargos son cubiertos por una elección, o, en su caso, una designación, todo lo democrática que se quiera, pero que no aseguran la capacidad de la persona que gana la elección -o que obtiene el beneficio de la designación-, sobre todo cuando ésta está condicionada por pactos y acuerdos más o menos explícitos entre los miembros de los diferentes estamentos. Es más, hay, incluso, quien duda de la capacidad de gestión del profesor universitario (así, por ejemplo, A. M. GARCÍA CUADRADO, “Sobre la función docente y el gobierno de las Universidades”, *Actualidad Administrativa*, núm. 48, 1994, p. 605, que llega a afirmar que “*el intelectual es normalmente un mal gobernante*”). A nuestro juicio, esta afirmación, con carácter general, es exagerada, pues hay ejemplos de profesores universitarios que son excelentes gestores;

jurisdiccional, que requiere otro tipo de facultades que trascienden los estrictos conocimientos técnicos. El problema que se plantea es el de saber cómo verificar de forma seria y objetiva estas otras aptitudes, pues lo que tampoco puede servir este matiz es para respaldar decisiones basadas en criterios políticos o en preferencias subjetivas y arbitrarias, en fin, en lo que se conoce coloquialmente como "cambio de cromos". Ya que como esta STS indica, asimismo, cuando el artículo 122.1 CE establece que la *"ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único"*, está recogiendo todas las notas rectoras de un sistema de carrera, entendido como un *"cursus honorum"* en el que se desarrolla una progresión profesional vertebrada en torno a tres conceptos: el estatuto, el Cuerpo y la carrera⁵⁵. Progresión o promoción profesional que está igualmente vinculada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que resultan proyectables sin reservas sobre los cargos judiciales". Recalca esta STS que esa carrera judicial tiene caracteres propios, que derivan del sometimiento a los principios de independen-

ahora bien, destaca un problema que no ha sido tratado con la seriedad y profundidad que merece, pues la Universidad es un servicio público que debe ser gestionado con criterios profesionales, y no por aficionados con buena voluntad que, en muchos casos, además, están presos de pactos o acuerdos que no ayudan a tomar las decisiones adecuadas para la correcta gestión de tal servicio. Se podría decir que, si una gran Corporación industrial o una empresa de cierto relieve funcionara así, es decir, sin criterios de gestión profesional, tendría asegurado probablemente un fracaso rotundo, con las consecuencias implacables que las leyes del mercado imponen. Pero cuando se tira con *"pólvora del Rey"*, parece que los criterios son diferentes. Y con esto, por supuesto, no se quiere confundir lo que es un servicio público de enseñanza superior con una empresa privada. Sólo se destaca un problema de notoria gravedad.

⁵⁵ El estatuto, el cuerpo y la carrera son las tres características del sistema de función pública que establece nuestro Ordenamiento jurídico (Cfr. art. 103.3 de la Constitución, que dice textualmente, *"La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos"*, así como el art. 149.1.18.^ª CE, que alude a la competencia estatal para regular *"el régimen estatutario"* de los funcionarios), y que significa, en síntesis, que la persona, cuando ingresa en la función pública, mantiene una relación estatutaria regida por Leyes y reglamentos, y no mantiene, por tanto, una relación contractual (como erróneamente a veces se dice en los medios de comunicación social. El funcionario de carrera, por definición, no es un contratado); ingresa, además, en un cuerpo –y no en un puesto de trabajo concreto; de ahí, como hemos visto, el sistema de provisión de puestos de trabajo–, y, dentro de ese cuerpo puede hacer "carrera", esto es, puede ascender, prosperar o subir en el escalafón. El estatuto, el cuerpo y la carrera son perfectamente predicables a esa clase específica de funcionarios públicos que son los jueces y magistrados, como lo reconoce esta misma STS. La Constitución aporta los datos esenciales de estos funcionarios; así, por ejemplo, el artículo 117.2 dice que los *"Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley"* (por ley, no por la voluntad de un jefe o por la resolución de un contrato). Pero es sin duda el artículo 122.1, el que refiere estos tres elementos con meridiana claridad cuando señala: *"La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia"*

cia, inamovilidad y sometimiento único al imperio de la Ley (art. 117.1 CE). *"Principios que suponen e implican consecuencias relevantes en la definición del estatuto de los jueces y magistrados, toda vez que al marcar un salto cualitativo respecto del genérico deber de imparcialidad de los funcionarios públicos a que se refiere el art. 103 CE, imponen una regulación estatutaria esencialmente diferenciada (...)".*

Por tanto, se dice: a) que el sistema de nombramiento es mixto, pues ni es un concurso ni una libre designación, b) que hay un régimen basado en el estatuto, el cuerpo y la carrera, y que ello obliga a establecer las fórmulas necesarias para garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad, c) que, no obstante, este estatuto de jueces y magistrados es *particular*, debido al especial sometimiento a los principios de independencia, inamovilidad y sometimiento único al imperio de la Ley, lo que implica una regulación estatutaria diferenciada del régimen general de los funcionarios públicos (art. 103 CE). Llegados a este punto, el Alto Tribunal destaca la diferencia entre lo que es la carrera profesional, con los ascensos y progresiones correspondientes, siendo de *"especialísima relevancia el alcanzar la de Magistrado del Tribunal Supremo"*, *"cuyos méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo habrán de ser en términos casi absolutos los de solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional"*, de lo que es el nombramiento o destino que *"sin suponer cambio de categoría, impliquen también el ejercicio de actividades de dirección en las que están comprometidas otras aptitudes que la compleja composición del Consejo tiene (...) un amplio margen de libertad (sic) para apreciar y valorar, en aplicación de su propia experiencia acerca de las ventajas o inconvenientes sobre la realidad institucional del sistema, aunque todo ello con referencia a criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad, idea que el propio legislador se ha ocupado de hacer explícita en la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre (...)".* Esto último traza una línea divisoria para este Tribunal: parece entender que una cosa es la carrera jurisdiccional en la que la progresión y ascensión de categoría debe basarse en méritos que reflejen la solvencia y la excelencia, y otra distinta es alcanzar destino o nombramientos que, sin suponer cambio de categoría, impliquen tener en cuenta otras aptitudes, que, según dice, será el Consejo con sus criterios y su experiencia el que las valore sin reconducir a un baremo, aunque, eso sí, deba conectarse con los principios de mérito y capacidad. En mi opinión, esto supone que en la práctica se mantiene "el más de lo mismo", pues los criterios no reconducibles a un baremo (enteramente discrecionales del Consejo, por tanto) derivan en un cambio de cromos bas-

tante evidente. La cuestión pendiente es objetivar y reconducir a parámetros verdaderamente serios esas "otras aptitudes" que el Supremo deja en el limbo. Aparte que el criterio exclusivo de la categoría (son tres: juez, magistrado y magistrado del Tribunal Supremo, arts 298 a 300 LOPJ) no tiene que ser absolutamente determinante para marcar una línea divisoria de la que deriven tantas diferencias en orden a objetivar el nombramiento⁵⁶, pues el desempeño de otros cargos –como Presidente de Sala, Presidente del Tribunal Superior de Justicia, etc–, tiene una relevancia manifiesta para la progresión y las expectativas, incluidas las económicas, de los jueces y magistrados. Piénsese que, por ejemplo, el Presidente de un Tribunal Superior de Justicia tiene la "consideración de Magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo" (art. 72.2, LOPJ).

Pero al margen de lo dicho –y siguiendo con nuestro propósito argumental, que es resaltar la exigencia de motivación –, esta STS declara que se supera *"las consideraciones expuestas en la STS de 30 de noviembre de 1999, donde se apuntaba a la validez y suficiencia de criterios de confianza para la provisión de la plaza de Presidente de una Audiencia Provincial"*⁵⁷. Entiende con toda corrección el Tribunal Supremo que ese margen de libertad de que dispone el Consejo General del Poder Judicial, *"no reconducible a parámetros objetivados y predeterminados, no puede implicar en modo alguno que la decisión sobre la cobertura de una plaza vacante devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control"*. He aquí la gran novedad, el verdadero avance. Frente a lo que sostenía el Abogado del Estado y lo que decía la STS de 30 de noviembre de 1999, ahora se declara que es necesario motivar, y además, que es posible un control,

⁵⁶ De *lege ferenda* sería, pues, recomendable una modificación del artículo 326, LOPJ, como propone F. SOSA WAGNER en el citado artículo *"Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial"*. Dice este profesor: *"Si tenemos que motivar las decisiones, si tenemos que observar un procedimiento riguroso, si hemos de valorar unos méritos, ¿no estamos en puridad inventando el concurso, aunque la sentencia trata de evitar esta palabra?. Porque lo cierto es que lo llamemos como queramos, los argumentos del Tribunal Supremo usados en las sentencias citadas nos llevan a descubrir el mediterráneo del concurso o, si se prefiere, un sucedáneo bastante logrado"*.

No obstante, la STS no inventa un concurso de nuevo cuño; en realidad, lo que está haciendo es dejar un campo para la discrecionalidad, invocando las facultades del CGPJ para el nombramiento de cargos que no sean estrictamente jurisdiccionales. La STS sabe perfectamente lo que hace. Por eso lo que se impone es un cambio del artículo 326 LOPJ en orden a establecer una limitación más efectiva de esta discrecionalidad, que no tiene razón de ser –al menos con la amplitud que tiene –, si de lo que se trata es de valorar méritos, aunque éstos se refieran a aptitudes o habilidades que exceden los puros conocimientos técnico-jurídicos.

⁵⁷ Por cierto, también rechaza la pintoresca argumentación del Abogado del Estado, que señalaba que la provisión de estos puestos se caracterizaba por un elemento de confianza (Fundamento Jurídico 5.⁹)

derivado de esa misma motivación, ya que aunque es preciso tener en cuenta esas otras aptitudes que trascienden los conocimientos y la experiencia técnico-jurídica, esas aptitudes *"deberán ser explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad"*⁵⁸.

Dice el Fundamento Jurídico 6.º:

"Hemos de tener presente, en este sentido, que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 137, establece que "los Acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados", principio general del que no se hace ninguna exclusión explícita, y que hace innecesario acudir al mandato tantas veces invocado del artículo 54.f) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992, que ordena la motivación de las decisiones discrecionales. Se hace, por eso, preciso, también en casos como el que ahora nos ocupa, que aflore expresamente en el nombramiento algún tipo de motivación que haga jurídicamente nítido que el acto no se ha extralimitado. Llegados a este punto, hemos de dar por superados anteriores pronunciamientos jurisprudenciales como los contenidos, vgr., en las SSTS de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999, donde sobre la base de la afirmación de una potestad de libre designación para nombramientos de cargos judiciales como el que ahora examinamos, se apuntaba la innecesariedad e inexigibilidad de motivación; pues ya advertimos en la reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 3 de marzo de 2005, que es este un tema "complejo y problemático", "sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no haya arribado a una conclusión firme y consolidada".

Concretando más sobre el asunto que se debatía, dice el Tribunal Supremo que, en efecto, el Pleno del Consejo es un órgano colegiado, *"pero no podrá apreciarse la existencia de una motivación suficiente, por faltarle su presupuesto esencial, si del acta resulta, aunque sea de forma sucinta, el cumplimiento efectivo y adecuado del trámite previo de informe de la Comisión*

⁵⁸ No obstante, la utilización de la expresión "explicable" se queda, a mi juicio, corta. Debe ser justificable, y no sólo explicable. Todo puede ser explicable, incluso la decisión más arbitraria. La justificación tiene un carácter más serio y sólido, que es de lo que se trata.

Por otra parte, si esas aptitudes *deben ser explicables y asequibles*, también pueden ser normalmente *comparables*, lo que significa que habrá que establecer algún criterio o parámetro para elegir al candidato o candidata más adecuado para el puesto. Porque lo que también es claro es que no hay una libre designación.

de Calificación ⁵⁹ al Pleno tal y como antes lo hemos perfilado⁶⁰, pues es ese informe el que justamente suministra parte sustancial de los datos que permiten a cada uno de los Vocales orientar su voto". De manera que como ni en la propuesta elevada al Pleno por la Comisión de calificación ni en el acta de la sesión plenaria posterior ni en ningún otro documento incorporado al expediente "existe dato alguno que refleje el cumplimiento de esa trascendental función que corresponde a la Comisión de Calificación de razonar de forma circunstanciada su propuesta, siendo esta una irregularidad procedimental que no puede entenderse salvada por el propio contenido del acta de la sesión, pues tampoco de ella cabe extraer una motivación consistente que, primero, permita concluir que aun así el Pleno del CGPJ manejó y valoró los elementos necesarios para formar su criterio con plenitud de conocimiento, y segundo, que haga jurídicamente asequibles las razones por las que se tomó la decisión de adjudicar la plaza al Ilmo Sr. Gómez Bermúdez frente al resto de los aspirantes",

En consecuencia, siendo el informe de la Comisión un trámite nuclear en el conjunto del sistema y no existiendo tampoco elementos suficientes de motivación del acta, "ambos datos repercuten en la insuficiencia de la motivación última de la decisión sobre adjudicación de la plaza, resultando de esta irregularidad formal un vicio procedimental con trascendencia invalidante, por

⁵⁹ Según el artículo 122.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial (LOPJ), el Consejo General del Poder Judicial se articula en los siguientes órganos: Presidente, Vicepresidente, Pleno, Comisión Permanente, Comisión Disciplinaria, Comisión de Calificación y Comisión de Igualdad (esta última la incorporó la disposición adicional 3.ª.3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

Conforme al artículo 134 LOPJ esta Comisión de Calificación estará integrada por cinco miembros, elegidos de la misma forma establecida para la Comisión Disciplinaria. Y el artículo 135 LOPJ dice textualmente: "Corresponderá a la Comisión de calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127.4) de esta Ley". Por su parte, el artículo 136 de la referida Ley Orgánica señala: "Para la adecuada formación de los criterios de calificación de los Jueces y Magistrados, la Comisión podrá recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial y, en todo caso, recibirá un informe anual elaborado por las correspondientes Salas de Gobierno de los órganos jurisdiccionales a que aquéllos estuviesen adscritos que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados" (Vid. L. TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, pp.76 y 77)

⁶⁰ Dice la STS que estamos analizando (Fundamento de Derecho 6.º): "Debemos retener el dato de que la Comisión de Calificación no limita su actuación a elaborar una simple relación de candidatos seleccionados de entre todos los presentados, sino que, más aún, ha de añadir a su propuesta un informe razonado sobre las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos en su inicial relación o posteriormente añadidos. Lógicamente, ese informe debe hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios"

privar a esa decisión de un elemento indispensable para alcanzar el fin que le es propio (art. 63.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común)", y, por tanto, se estimó el recurso y se anuló el nombramiento en los términos y condiciones descritos en el Fundamento octavo de la STS citada, esto es, se ordenó la retroacción de las actuaciones administrativas a fin de que se cumpliera el trámite omitido de informe de la Comisión de Calificación para que luego se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza "mediante resolución motivada".

El paso que da esta STS es, por tanto, trascendental y el mismo Voto Particular que formulan algunos Magistrados lo resalta (*"debe ponerse de manifiesto –arguyen– que en esta sentencia se produce un cambio radical respecto a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, en torno a la motivación de los nombramientos discrecionales"*). Es un paso que va en la dirección adecuada desde el punto de vista constitucional, y, en concreto, de acuerdo con las exigencias que imponen los artículos 9.1 y 3, 23, 24, 103, 106 y 122 de la Carta Magna española. Sin duda es un avance, pero como la misma STS se encarga de subrayar invocando la STS de 3 de marzo de 2005, todavía no se ha arribado a una "conclusión firme y consolidada". Y debe advertirse que no tiene demasiado sentido otorgar una discrecionalidad tan excesiva para el nombramiento de determinados cargos o puestos (Presidentes de Sala, Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, etc) sobre la premisa técnica que maneja esta STS, y otras Sentencias posteriores⁶¹, de distinguir los

⁶¹ La STS de 5 de febrero de 2010, dictada en un recurso interpuesto contra un Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se nombraba Presidente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, arguye que es preciso diferenciar los nombramientos para cargos directivos dentro del sistema judicial y los que impliquen el acceso al Tribunal Supremo, de manera que en los nombramientos para Presidentes de las Audiencias Provinciales (que no suponen cambio de categoría dentro de la carrera) se ha de tener en cuenta, además, de la solvencia y excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional *"otras aptitudes que la compleja composición del Consejo tiene (...) un amplio margen de libertad para apreciar y valorar, en aplicación de su propia experiencia acerca de las ventajas o inconvenientes sobre la realidad institucional del sistema, aunque todo ello con referencia a criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad"*. Como se ha dicho, se valoran aquí aspectos como la capacidad para la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, para lo que se requieren aptitudes o habilidades personales que trascienden de los puros conocimientos técnicos y cuya valoración –dice el Supremo– *"no puede reflejarse en un baremo"*, por más que se trate en todo caso de aptitudes siempre referidas a idoneidad para el mejor desempeño del puesto y no a aspectos extraños y ajenos al mismo como pudiera ser la empatía personal o la afinidad política. Por ello afirma esta STS: *"En definitiva, la motivación, que cuando se trata de cubrir plazas en el Tribunal Supremo debe referirse sustancial y preponderantemente a méritos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional o a aquellas otras que sean materialmente asimilables a ella (Sentencia de 27 de noviembre de 2007), de modo que a través de ellas quede acreditada la solvencia y la excelencia en el ejercicio de aquella función, sin embargo, en el supuesto de cargos de dirección, los datos objetivos a tener en cuenta como determinantes de la elección forman parte de una gama mucho más amplia de criterios que los que razonable y fundadamente*

supuestos que comportan cambio de categoría de los que sólo impliquen la adjudicación de plazas o cargos que no llevan tal cambio. Se minusvaloran los efectos que para la carrera de jueces y magistrados pueden tener estos nombramientos, de su relevancia social, de su proyección en la carrera y de sus efectos económicos. Además, si bien es verdad que no es lo mismo acreditar méritos relativos a la experiencia y la formación técnico-jurídica que esgrimir aptitudes, habilidades o competencias que no se pueden encuadrar en un baremo que determine criterios y valoración de méritos estrictamente técnicos, no es menos cierto que estas habilidades o aptitudes deben reconducirse –y así lo afirma con toda razón el Supremo –a parámetros de mérito y capacidad. Cabe dar un paso más y aquilatar, desmenuzar y hacer posible la determinación de cuáles son esas concretas habilidades, cómo se demuestran o prueban,

puede optar el Consejo, al no implicar normalmente estos supuestos un incremento cualitativo de la potestad jurisdiccional, en cuanto que el voto del Presidente es en este ámbito igual al de los restantes miembros del órgano jurisdiccional que va a presidir, por lo que siendo evidente que es absolutamente necesaria una base de experiencia y de calidad jurisdiccional que lo habiliten para dirigir con “auctoritas” el Tribunal que preside, pueden aparecer también con trascendencia en la motivación del acuerdo aptitudes personales que –como hemos indicado con anterioridad –, rebasan los puros conocimientos técnico-jurídicos, para atender a la finalidad de dirección, coordinación y gestión de los medios materiales y humanos puestos a su disposición”. Y por ello “no estamos ante un concurso estrictamente baremado, sino ante una actuación discrecional del Consejo, cuya decisión no depende legalmente de una jerarquización estricta de cada una de las notas que concurren en cada candidato (...), sino en una apreciación de los factores concurrentes en cada uno de ellos, valorados en términos de coherencia con las nociones de mérito y capacidad en relación con el puesto judicial a ser cubierto, de modo que si la motivación que aflora en el texto del Acta cumple esos requisitos nada debemos objetar a lo decidido por el Consejo”.

Este matiz, en principio, parece muy razonable, pues la experiencia demuestra que se pueden tener muchos conocimientos técnico-jurídicos y escasa capacidad para la gestión. Y, por el contrario, mucha capacidad para la gestión y escasos conocimientos técnicos. Ahora bien, con ello se abre una brecha para que de nuevo la discrecionalidad aflore con fuerza, y habrán de verificarse objetivamente cuáles son los criterios que demuestran efectivamente esa capacidad que, más allá de los conocimientos técnico-jurídicos, asegure que el candidato o la candidata tiene esas otras aptitudes de las que habla el Tribunal Supremo. Puede que exista un mayor margen, pero tendrán que explicitarse con seriedad esos criterios. De lo contrario es una vuelta a lo mismo: la discrecionalidad más abierta que deja en manos de lo que se suele llamar en los medios de comunicación social como “cambio de cromos” la decisión de algo tan relevante para el funcionamiento jurisdiccional. Se insiste, la diferencia parece razonable y necesaria; ahora bien, no basta con decir que se debe “valorar en términos de coherencia con las nociones de mérito y capacidad”, sino dar un paso más y especificar (aunque ésta ya no es tarea, como es obvio, del Alto Tribunal) qué criterios y datos permiten determinar esa otra capacidad –la de gestión –, de manera objetiva y seria, y, una vez que se concreten, que el Consejo proceda a la elección de quienes tengan esas aptitudes. El asunto, pues, en nuestra opinión, no está totalmente resuelto, incluso después del Reglamento 1/2010, aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (“BOE”, núm. 56, de 5 de marzo de 2010), que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, pues los méritos que especifican (participación en órganos de gobierno, programa de actuación para el desempeño de la plaza solicitada, etc, etc, arts. 7 y ss.) son todavía imprecisos. El más lógico y concreto es el del tiempo en servicio activo.

y en qué medida son determinantes para la adjudicación de las plazas o destinos. Lo que no se puede hacer es dejar una puerta abierta para el impresentable "cambio de cromos", que es lo más alejado de la acreditación de méritos y capacidades, sean ésta de la clase que sean. Si se está de acuerdo en que el nombramiento no puede apoyarse en la confianza, y que debe reconducirse al mérito y la capacidad, es obvio que debe desarrollarse mucho más en qué consisten esas habilidades o aptitudes. De lo contrario, como ya se anticipó, estamos ante "más de lo mismo", y el avance es más aparente que real.

5. HACIA UNA MOTIVACIÓN MATERIAL DE LOS ACUERDOS DEL CGPJ: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 NOVIEMBRE DE 2007 Y DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2009

Si la STS de 29 de mayo de 2006 merece el elogio en los términos ya vistos, pues supone superar una concepción jurisprudencial que no se ajustaba a los valores, principios y preceptos constitucionales (en concreto, al art. 24.1 CE), pues de hecho cercenaba toda posibilidad real de impugnación jurisdiccional, al considerar la motivación innecesaria por existir motivos de confianza, la STS de 27 de noviembre de 2007⁶², y, siguiendo su estela, la de 23 de noviembre de 2009, constituyen hitos que deben destacarse como merecen. La STS de 27 de noviembre de 2007 es un verdadero *leading case*⁶³, que repercutirá en las exigencias de motivación de los juicios técnicos, y, en particular, en la motivación que debe realizar el Consejo General del Poder Judicial al dictar sus acuerdos. Es una Sentencia dictada por el Pleno de la Sala –y que tiene nada menos que cinco votos particulares de notable extensión y altura discursiva⁶⁴–

⁶² También es necesario citar la STS de 12 de junio de 2008, que sigue la misma línea.

⁶³ Así lo considera, por ejemplo, J. R. CHAVES GARCÍA, *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, Colección Claves de la Jurisprudencia, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2009, pp.254, y 255: "Estamos ante una sentencia que constituye un hito en el control de la discrecionalidad técnica que será el *leading case* a partir del cual derivará una mayor exigencia en cascada (por los Tribunales Superiores de Justicia y por los Juzgados) en materia de motivación de los juicios discrecionales". "(...) constituye un paso de gigante en el camino de lucha frente a las denominadas "inmunidades del poder". Miles de sentencias hasta entonces se limitaban a controlar los aledaños de los juicios técnicos de los Tribunales calificadoros, y ahora se constata un visible esfuerzo por robustecer las garantías de los aspirantes de los procedimientos selectivos (...) "(p. 255)

⁶⁴ Pero que, en modo alguno, logran desvirtuar la notable calidad técnica, y el evidente esfuerzo de aquilatamiento jurídico que hace esta STS (en este sentido, vid. F. SOSA WAGNER, "Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial", *El Mundo*, de 17 de diciembre de 2007: "La sentencia contiene algunos votos particulares de especial relevancia por el prestigio profesional de quienes los firman. Pero sus razonamientos, a mi juicio, no logran desvirtuar el núcleo esencial del bien trabado fallo de

,y supone la superación total de la doctrina plasmada en la ya citada STS de 30 de noviembre de 1999. Se dictó en un asunto relativo a nombramientos como Magistrados del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), y estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los Reales Decretos de 27 de octubre de 2006, por los que fueron promovidos a la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo, anulando, por tanto, ambas resoluciones. Se acoge a la anterior STS de 29 de mayo de 2006, que, como hemos advertido, ya exigía una motivación suficiente para los acuerdos de adjudicación de plazas que supongan un cambio de categoría, y recalca que en los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo debían de tener prioridad la solvencia y excelencia técnica⁶⁵. Así, destaca que las ideas básicas en el tema de la motivación son tres: "1) *la libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un espacio de actuación reconocido*; 2) *la existencia de unos límites que necesariamente condicionan esa libertad, especialmente el límite que representan esos principios de mérito y capacidad*; y 3) *la significación que ha de reconocerse al requisito de motivación*". Resalta la libertad con la que cuenta el CGPJ, pero también que "hay un dato que ya marca un elemento de limitación de los poderes del Consejo, que es el sistema de carrera que para jueces y magistrados recoge el artículo 122.1 CE", y esto supone que este sistema de carrera⁶⁶ se vincula al artículo 23.2 CE. Tras señalar que debe considerarse superada la tesis invocada por el mismo Tribunal Supremo en las referidas SSTs de 3 de febrero de 1997 y de 30 de noviembre de 1999, subraya que el requisito de la motivación hay que aplicarlo de acuerdo con la STS de 29 de mayo de 2006, y por ello, en el caso específico que se dilucida, arguye que del estudio del expediente administrativo se deduce que los datos que se esgrimen no permiten comprobar que esas dos designaciones hayan sido debidamente justificadas. Dice:

"Lo que contiene la pretendida motivación del Consejo es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes, por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdic-

la mayoría")

⁶⁵ Hay que advertir, no obstante, que la STS de 29 de mayo de 2006 se refería a un cargo con funciones de gobierno judicial, el de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional, mientras que la STS de 27 de noviembre de 2007 se refiere a nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, y de plazas de los turnos correspondientes a la carrera judicial, y no al denominado "quinto turno", como se encarga de subrayar el Fundamento 7.º de la Sentencia de 27 de noviembre de 2007, lo cual define "acusadas diferencias".

⁶⁶ Recuérdese que de estatuto, cuerpo y carrera hablaba la anterior STS de 29 de mayo de 2006.

cional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera judicial a través de las distintas vías legalmente establecidas para ello (así ocurre con la descripción de destinos, estudios o titulaciones).

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

Obsérvese lo fino que hila el Tribunal Supremo, con toda razón, además, pues en muchas ocasiones sobre la base de juicios de valor genéricos, imprecisos o altisonantes, que más tratan de encandilar o impresionar que de justificar y probar, se trata de despachar la motivación, sin decir, en realidad, nada concreto; por eso concluye: *"Esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos, realizada en los términos que acaban de señalarse, no merece la consideración de verdadera motivación; y no la merece por muy flexible que se sea en cuanto a la configuración que pueda presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (...)".* Esto supone, lisa y llanamente, que el Tribunal Supremo no acepta una mera motivación formal, una motivación que, en realidad, no justifica nada, y que sólo se hace para cubrir el expediente, sin aportar datos verdaderamente relevantes que exterioricen de verdad la razón del nombramiento. Esa motivación formal, además, desactiva de forma evidente al futuro recurso que se pueda interponer, pues es muy difícil, por no decir imposible, desbaratar unos juicios genéricos y abstractos, que, en este caso, son fácilmente creíbles por la posición que ya tienen los aspirantes. Sin una conexión concreta y específica con los datos y elementos obrantes en el expediente, esa motivación es más aparente que real, y así lo considera con toda corrección lógica y jurídica el Alto Tribunal en esta Sentencia.

Luego pasa el Tribunal Supremo a reseñar los límites que tiene la libertad del CGPJ: a) que el acto de nombramiento no sea un mero voluntarismo y que cumpla con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE); b) que se respete, con relación a otros aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos (art. 23.2, CE); y c) que el criterio material que finalmente decide el nombramiento se ajuste a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad para el ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la carrera Judicial. Y dicho esto, pasa a la siguiente secuencia: la de

señalar en qué se traducen esos límites: el CGPJ debe identificar *"claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento"*; y, en especial, para las plazas de Magistrado del Tribunal Supremo reservadas a los turnos de la carrera judicial, *"tienen la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables"*. Arguye que, desde el punto de vista formal, la *"exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuáles podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento"*. Y esto –dice el Alto Tribunal– es lo que debe hacer el informe de la Comisión de Calificación (Fundamento de Derecho 9.º). En definitiva, *"lo que ha de intentar conseguirse es, primero, que la valoración profesional a realizar tenga un soporte básico o material que la sustente y, segundo, que los datos y hechos que encarnen ese soporte material se establezcan con criterios objetivos de búsqueda y selección que sean aplicados por igual a todos los aspirantes"*.

Dicho esto, la STS que analizamos se impone a sí misma una cautela, pues subraya que el Consejo General del Poder Judicial tiene la función de gobernar el poder judicial (art. 122.2 CE), *"que tiene una amplitud que va más allá de gestionar el estatuto profesional de Jueces y Magistrados"*. *"Esto significa que su potestad de nombramiento no puede quedar limitada a una simple operación de recuento y valoración de méritos(...)"*. *Podrá también ponderar otras circunstancias, dirigidas a dar satisfacción al perfil, la configuración o las necesidades de los órganos jurisdiccionales(...)*.

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

"Lo segundo que debe destacarse (...), es la idea de que, a través del control jurisdiccional de esos límites de que aquí se está tratando, no se pueden establecer rígidas directrices que reduzcan esa libertad que ha de respetarse al Consejo sobre las concretas clases de méritos y capacidades que podrá elegir como criterio para decidir los nombramientos; ni desde otra perspectiva, tampoco se le puede

privar del margen de apreciación que es inherente al juicio de discrecionalidad que significa la definitiva selección y estimación cualitativa (...).

Y ello, porque como afirma el Tribunal Supremo, repitiendo lo señalado en la STS de 29 de mayo de 2006, no se trata de nombramientos de confianza, pero *"tampoco se trata de un concurso de méritos en el que estén taxativamente predeterminados los que podrán ser considerados o el valor que haya de atribuírseles"*. La traducción práctica de ello significa que *"nunca podrá ser que este Tribunal Supremo indique al Consejo los méritos que podrán o no ser valorados (conviene insistir en ello), sino tan sólo imponerle la carga, cumpliendo con la doble exigencia sustantiva y formal que antes se señaló, de dejar claramente explicadas y objetivadas las concretas circunstancias de mérito y capacidad con las que justifica su decisión de nombrar a una determinada persona con preferencia sobre los demás aspirantes a la misma plaza"*.

Por estas razones la STS estima el recurso contencioso-administrativo, anula las dos resoluciones impugnadas, si bien es verdad que esa anulación es de naturaleza formal o procedimental, lo que comporta que *"no ha de producir la anulación total del procedimiento sino tan solo la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del informe de la Comisión de Calificación, para que, primero, sea emitido uno nuevo que cumpla con todas las exigencias que respecto del mismo han sido señaladas(...), y, posteriormente, se resuelva por el órgano competente sobre los nombramientos (...)"*.

Con independencia de otras consideraciones que se pueden hacer, como la de saber por qué no se opta ya resueltamente por un concurso de méritos, o la observancia de cierto temor al activismo judicial (el Fundamento de Derecho 10.º, y la insistencia en que no es un concurso de méritos son elocuentes), *lo relevante es el avance en la exigencia de motivar con seriedad los nombramientos, carga que recae sobre todo en el informe de la Comisión de Calificación.*

Unos años más tarde, la STS de 23 de noviembre de 2009, reitera la misma doctrina, pero da un paso más, y es el de que en lo relativo a la labor jurisdiccional, argumentar que las sentencias *"cuya calidad técnica se proclaman están "motivadas" o que son "fundadas", es absolutamente insuficiente para cumplir las exigencias de motivación que la sentencia de 27 de noviembre de 2007 consideró imprescindibles, ya que la motivación es un requisito esencial de las sentencias, según prescribe el artículo 120 de la Constitución, de manera que no puede ser soporte de un mérito profesional el cumplimiento del esencial deber de motivar las resoluciones que lo exijan aunque sí sea un demérito (...). Por otra parte, el informe no indica qué sentencias son las presentadas por los aspirantes incluidos en la terna le han parecido más significativas ni, en definitiva, lleva a cabo un*

estudio mínimo del trabajo jurisdiccional de los candidatos (...)”; y, como el nombramiento de la Magistrada del Tribunal Supremo no tenía la motivación necesaria, el Alto Tribunal (eso sí, al igual que la STS de 27 de noviembre de 2007, con varios votos particulares, con parecidos argumentos que los que en esa STS de 2007 se habían ya formulado), declaró la nulidad de tal nombramiento, y se ordenó reponer el procedimiento en el momento anterior a la emisión por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial del informe previsto en el artículo 74 del Reglamento de Organización y Funcionamiento a fin de que se emita otro nuevo de conformidad con lo que se ha señalado, y, después, resuelva el Pleno del Consejo. Por tanto, esta STS obliga también a una motivación material, y no meramente formal, una motivación que, ciertamente, exige un mayor esfuerzo por parte de la Administración, pero que, por el contrario, facilita mucho más el control, y, por ende, garantiza más adecuadamente los derechos e intereses de los interesados en el procedimiento. Sería deseable que este nivel de concreción, y de rigor, lo aplicase también el Tribunal Supremo a otros ámbitos o sectores; sin ir más lejos en lo relativo a la discrecionalidad técnica de concursos de méritos y oposiciones⁶⁷, o en el reconocimiento de sexenios por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, como ya hemos argumentado, otro campo todavía poco roturado por los criterios constitucionales de mérito, capacidad, igualdad y publicidad

6. LOS EFECTOS DE ESTA JURISPRUDENCIA EN EL REGLAMENTO 1/2010 DEL CGPJ, SOBRE PROVISIÓN DE PLAZAS DE NOMBRAMIENTO DISCRECIONAL. EN PARTICULAR, EN LA MOTIVACIÓN

Es evidente que unas SSTS de tanta relevancia han tenido que afectar a las

⁶⁷ La citada STS de 14 de abril de 2009, en un caso relativo al proceso selectivo para el ingreso en la carrera judicial por la categoría de Magistrado, entre juristas de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional, abordó el tratamiento de la “entrevista”, pues, a juicio de la recurrente, el Tribunal Calificador no reseñó en sus actas las contestaciones de la aspirante a las cuestiones que le fueron planteadas en el acto de la entrevista, como tampoco incluyó los concretos criterios o razones que fueron seguidos para llegar a esa calificación negativa de su aptitud. La STS que glosamos no comparte esta forma de actuar, y dice: “(...) es claro que la calificación de una entrevista como la que aquí es objeto de polémica no podrá limitarse a emitir abstractos juicios de valor o meras calificaciones genéricas”.

“Para considerarla suficientemente motivada deberá incluir, como mínimo, estos elementos: (1) las concretas cuestiones que le fueron formuladas al aspirante; (2) las contestaciones o respuestas que este ofreció a dichas cuestiones; y (3) las específicas razones que, desde los criterios cualitativos de ponderación previstos en la convocatoria (...), hayan conducido a la definitiva declaración de falta de aptitud profesional de ese mismo aspirante”

propias normas reguladoras del sector en el que incidieron, es decir, en el ámbito judicial. Por eso es destacable la aprobación, por Acuerdo de 25 de febrero de 2010 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, del Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, que ya desde su comienzo asume la influencia de estas SSTs. Este Reglamento se aprueba en ejercicio de la potestad reglamentaria del Consejo, de acuerdo con el artículo 107.9 de la LOPJ, y sin duda refleja la doctrina, ideas y criterios que se expresan en las aludidas resoluciones del Tribunal Supremo. Así, junto al reconocimiento de aspectos novedosos exigidos por la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el sentido de consagrar el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de cargos de responsabilidad (art. 3.1 del Reglamento), se establece la distinción entre *plazas jurisdiccionales* –que son las de Magistrados del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia propuestos por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas–, *plazas gubernativas* –que es la Presidencia de la Audiencia Nacional–, y *plazas jurisdiccionales y gubernativas* –que son las Presidencias de Sala del Tribunal Supremo, de Sala de la Audiencia Nacional, del Tribunal Superior de Justicia y sus Salas, y de Audiencia Provincial– (art. 2.2)⁶⁸, y se resalta, como no podía ser de otra manera, la exigencia de motivación. Se dice así que la tercera parte del Reglamento “*está dedicada al procedimiento para la provisión de plazas, como instrumento idóneo y necesario para garantizar el recto sentido de una decisión final suficientemente motivada*”, y, en esta dirección se incorpora una novedad en relación con las plazas de Magistrados del Tribunal Supremo reservadas a la carrera judicial, que es la facultad de interesar informe sobre la suficiencia del cumplimiento de los requisitos de claridad, precisión y congruencia de las resoluciones dictadas por los peticionarios, a la Sala o Salas correspondientes del indicado Tribunal que hubieran resuelto en última instancia los recursos frente a las mismas. Y así el artículo 5 del mencionado Reglamento, entre los méritos para la provisión de plazas reservadas a los miembros de la Carrera Judicial, prevé el de las “*resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional*”, para lo cual el artículo 14 establece que se deben acreditar documentalmente por medio de una “*memoria comprensiva de los datos identificativos de las*

⁶⁸ Dice el artículo 12. 4 de este Reglamento que en las convocatorias “*distinguirán según se trate de nombramientos de carácter estrictamente jurisdiccional, gubernativo, o jurisdiccional y gubernativo*”

resoluciones y un resumen de su contenido literal, en especial, de los fundamentos jurídicos que se consideren relevantes”.

Por lo demás, se insiste en que los acuerdos en materia de nombramientos serán *“suficientemente motivados”* (art. 3.3), y que el Pleno que decida las propuestas de nombramiento dejará *“constancia de la motivación del acuerdo, con expresión de las circunstancias de mérito y capacidad que justifican la elección de uno de los aspirantes con preferencia sobre los demás. La motivación podrá hacerse por remisión, en lo coincidente, a la motivación de la propuesta de la Comisión de Calificación(...)”*. Pues ya se ha advertido la trascendencia que tiene el informe de la citada Comisión, de acuerdo con la jurisprudencia ya examinada, y la necesidad de que se justifique la razón por la cual se prefiere a un aspirante sobre otro, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Es más, el artículo 20 del citado Reglamento destaca, para el procedimiento para la cobertura de las vacantes de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia a propuesta de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, que a efectos de motivación de la propuesta de nombramiento, *“el Consejo General del Poder Judicial solicitará con carácter previo a los integrantes de las ternas una exposición de sus méritos en los términos del presente Reglamento, así como la documentación que en su caso considere necesaria”*⁶⁹.

En conclusión, hay una asunción muy elocuente de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la necesidad de motivar de forma adecuada y suficiente los nombramientos discrecionales, que debe ser tenida muy en cuenta para motivar otros actos y acuerdos de esta clase. La motivación se convierte así en prueba de una Administración democrática y ajustada a la Constitución, que da cuenta y razón de sus decisiones, con independencia de que sean o no votadas, pues el voto –y ya se sabe cómo se consigue en múltiples ocasiones⁷⁰ –, no puede servir de patente de corso para dar cobertura a verdaderas arbitrariedades. El artículo 9. 3 de la Constitución así lo exige (cfr, STS de 14 de abril de 2009).

⁶⁹ La motivación de estos nombramientos tiene especial interés, pues no se olvide cómo se presentan estas ternas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en muchas de las cuales figuran políticos o antiguos políticos, o personas que se encuentran en los aledaños de los partidos o coaliciones, con el peligro cierto que esto puede tener en el funcionamiento de la justicia, y, en concreto, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Motivar de forma suficiente estos nombramientos es de vital importancia para asegurar la calidad y la credibilidad del sistema (Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, “Las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias. Instrumentos de coordinación y cooperación”, en AA. VV. *Instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias*, coord por J. J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y J. A. GARCÍA ROJAS, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, p.148, nota 38, donde se incide sobre este peligro).

⁷⁰ Véase el libro de A. NIETO GARCÍA, *El desgobierno judicial*, cit., pp.158 y 159

7. UN PROGRESO CONSIDERABLE EN LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS Y ACUERDOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES: SU NECESARIA REPERCUSIÓN EN OTROS ÁMBITOS ADMINISTRATIVOS

Las SSTs de 29 de mayo de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 23 de noviembre de 2009⁷¹ demuestran el abandono de la vieja doctrina⁷² que aseguraba al Consejo General del Poder Judicial una potestad para hacer nombramientos sin necesidad de una motivación material. Respecto de ellas CHAVES GARCÍA sostiene que estamos ante un *"hito en el control de la discrecionalidad técnica"*

⁷¹ Y otras que siguen la misma línea, como las ya citadas SSTs de 27 de noviembre de 2006, y 12 de junio de 2008.

Más recientemente, por ejemplo, debe destacarse que la STS de 12 de julio de 2010, en un caso relativo a la compatibilidad de un puesto de Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo con un puesto como Profesor Asociado de Universidad, impuso al CGPJ una motivación más detallada, pues la *"mera invocación de una determinada política judicial y la apelación a la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico son insuficientes para justificar la decisión adoptada porque son afirmaciones genéricas que pierden su fuerza de convicción a causa del previo proceder del Consejo General del Poder Judicial en circunstancias que no han cambiado y ante el contenido del expediente"*; ya que la denegación de la compatibilidad para preservar el cumplimiento por los miembros de la Carrera Judicial de sus funciones *"solamente estará justificada cuando concurran razones o circunstancias concretas que demuestren que la simultaneidad en el ejercicio docente puede impedir o menoscabar (...) el estricto cumplimiento de los deberes(...). Pues bien, al margen de que esas independencia e imparcialidad no están en juego aquí (...), es plenamente aplicable a este caso en el punto en el que afirman la insuficiencia de los argumentos genéricos e indeterminados para denegar una compatibilidad que en cursos precedentes se había venido concediendo"*. Y la STS de 2 de noviembre de 2010, en un caso que se refería a un proceso selectivo en el cual había una falta de motivación de determinados méritos alegados, se estimó parcialmente el recurso y se impuso la retroacción de las actuaciones para que se produzca una nueva valoración por la Administración de los méritos alegados. Exige también esta STS una motivación material, y no meramente formal, porque *"los puntos relativos al Curso de Diplomado en Sanidad, la Administración nada motiva sobre su rechazo, ni sobre la suficiencia investigadora que el recurrente sostiene que aparece acreditada con la certificación académica personal de los estudios del Tercer ciclo que obra en el expediente, y lo mismo en relación con la exclusión de determinados méritos alegados en cuanto experiencia previa, que deben ser valorados o no individualmente en cada caso"*. Obsérvese: se impone la valoración individual y la explicación de los motivos por los que se estiman o rechazan. Así concluye la aludida STS: *"es evidente que los actos administrativos en su día recurridos incurrieron en una insuficiencia de motivación, y que la sentencia no da razones que acrediten que esa falta de valoración está justificada, por lo que procede estimar este motivo de casación y dictar otra para que, retrotrayendo las actuaciones se proceda por la Administración a valorar debidamente los méritos antes citados y que no fueron objeto de estimación por parte de la sentencia, rectificando en su caso el puesto escalafonal del recurrente"*. Es evidente el avance de la doctrina del TS en estas Sentencias, puesto que ya no se recurre al manido refugio de la discrecionalidad técnica o se salva la actuación administrativa dando por buenas afirmaciones genéricas e indeterminadas que, como se ha visto, nada prueban, y que, de hecho, desactivan en gran medida un futuro recurso jurisdiccional, ya que el recurrente no puede articular bien sus argumentos, por no tener datos y hechos concretos y bien definidos.

⁷² De hecho ya se refleja en el Reglamento 1/2010, aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 2010 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.

ca que será el leading case a partir del cual derivará una mayor exigencia en cascada (...) en materia de motivación de los juicios discrecionales”⁷³. Y desde luego constituye un paso enorme en orden al control de la discrecionalidad, si bien como este mismo autor destaca⁷⁴, todavía se aprecian en el seno del Tribunal Supremo –y ello explica la extensión y el nivel discursivo de los votos particulares –, dos concepciones del control de discrecionalidad y de la misma motivación de actos y acuerdos discrecionales. Una sustancial, que es la de los textos de las SSTS referidas, sin duda correcta y progresiva desde el punto de vista constitucional; y otra formal, que conecta con una jurisdicción pasiva, que deja hacer y otorga una preferencia a la decisión de la Administración Pública, basada en dogmas y tópicos que necesariamente deben revisarse, y, en algún caso, sencillamente superarse (jurisdicción revisora, discrecionalidad técnica y soberanía del tribunal o Comisión que hace la valoración, imposibilidad de sustituir la decisión administrativa para no incurrir en un activismo judicial etc, etc.). Esta segunda concepción es rechazable de raíz, pues refleja un entendimiento incorrecto de la labor que debe desempeñar el Poder Judicial en un Estado de Derecho, que debe controlar, con todos los instrumentos y técnicas que ofrece el avance del Derecho, la actividad de las Administraciones Públicas, o, más ampliamente, de los poderes públicos. Y esas técnicas son depuradas y desarrolladas magníficamente por las Sentencias referidas. No hay en ellas ningún exceso ni desviación⁷⁵. No se aprecia ningún “activismo”, sino aplicación estricta y rigurosa de lo que es un Estado de Derecho en el cual se fiscaliza seriamente la actividad de la Administración teniendo como punto de referencia los derechos fundamentales y las libertades públicas, y *no un abstracto interés público, que, en ocasiones, es sólo un concepto que encubre un interés de la Administración o de sus agentes coyunturales*, que, como es obvio, es algo totalmente distinto al interés público que proclama el Ordenamiento jurídico⁷⁶.

Las SSTS que examinados suponen, pues, un avance verdaderamente elo-

⁷³ *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, cit., p. 254.

⁷⁴ *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, cit., p. 255.

⁷⁵ Como ya se apuntó, la lectura del Fundamento de Derecho 10º de la STS de 27 de noviembre de 2007 es muy claro en este punto. En modo alguno hay un activismo judicial, ni se pretende, por tanto, sustituir la decisión del Consejo General del Poder Judicial

⁷⁶ No se trata de vencer con los votos sino de convencer con la motivación, como subraya J. R. CHAVES GARCÍA. Se trata, dice este autor analizando la STS de 27 de noviembre de 2007 “*del deber de la Administración de robustecer el porqué de su propuesta, incorporando una motivación racional (lógica), razonable (socialmente asumible), razonada (expresada formalmente en la voluntad del órgano colegiado) singularizada y proporcional (adecuada al caso concreto)*” (Cit., pp. 255 y 256)

giable y una correcta guía para el desarrollo de las virtualidades que anidan en el artículo 54, f) de la Ley 30/1992, y, por consiguiente, es necesario que los órganos jurisdiccionales utilicen los argumentos y criterios que manejan para imponer una motivación material de los actos y acuerdos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración Pública. No puede sostenerse más que con escuetas referencias sin apoyo en el expediente, con cifras que no reflejan nada o con juicios de valor genéricos, que valen para todo (en este sentido, como ya se ha visto, SSTs de 12 de julio de 2010 y 2 de noviembre de 2010)⁷⁷, pero que no explican ni justifican nada, se entienda debidamente motivado un acto discrecional. La conexión con el expediente, la coherencia de la justificación y la suficiencia de ésta en términos jurídicos y lógicos es imprescindible para dar por válidas decisiones discrecionales que hasta ahora sencillamente no se motivaban. Como hemos dicho, la motivación debe ser precisa, suficiente y coherente. *Todo motivación que no observe estos requisitos no es motivación, sino, pura y simplemente, una apariencia o simulacro, una motivación formal y superficial; en definitiva, un fraude al Estado de Derecho por cercenar o desactivar el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y garantiza el artículo 24. 1 de la Constitución española de 1978, y, además, por sentar las bases para la arbitrariedad y el capricho, vulnerando, asimismo, lo establecido en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental (cfr. STS de 14 de abril de 2009), que impone la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.* La motivación, por tanto, tiene que ocupar un papel básico para certificar la validez del acto o acuerdo administrativo.

⁷⁷ Cfr, asimismo, la referida STS de 14 de abril de 2009, que impone unos requisitos detallados a la exigencia de motivación de las entrevistas que se hacen en los procesos selectivos para el ingreso en la carrera judicial a la categoría de Magistrado. Como ya se ha visto, se impide que pueda ser cumplido este requisito con simples juicios de valor abstractos, o “*meras calificaciones genéricas*”.