

AVANCE NO CONTROL DA DISCRECIONALIDADE E A MOTIVACIÓN DOS ACTOS E ACORDOS ADMINISTRATIVOS: SOBRE OS NOMEAMENTOS DO CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Manuel J. Sarmiento Acosta

Profesor Titular de Dereito Administrativo da Universidade das Palmas de Gran Canaria
Maxistrado suplente do Tribunal Superior de Xustiza de Canarias

Resumo: *A necesidade de controlar a discrecionalidade administrativa impón unha motivación precisa, suficiente e coherente, pois iso garante mellor os dereitos e intereses dos cidadáns. Neste contexto é eloxiable a xurisprudencia do Tribunal Supremo que esixe que os acordos do Consello Xeral do Poder Xudicial se motiven adecuadamente.*

Palabras clave: *Discrecionalidade administrativa, motivación de actos e acordos administrativos, acordos do Consello Xeral do Poder Xudicial.*

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 Xeral Council of The Judiciary.*

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

Índice: *1. O constante problema do control da discrecionalidade dos actos e acordos administrativos. 2. Discrecionalidade administrativa e motivación: unha relación conflitiva pero obrigada. 3. A non esixencia de motivación por existir motivos de confianza e por ser colexiado o órgano que adopta o acordo: STS do 30 de novembro de 1999. 4. Un cambio radical sobre a motivación dos acordos discrecionais: a STS do 29 de maio de 2006. 5. Cara a unha motivación material dos acordos do CXPX: as sentenzas do Tribunal Supremo do 27 de novembro de 2007 e do 23 de novembro de 2009. 6. Os efectos desta xurisprudencia no Regulamento 1/2010 do CXPX, sobre provisión de prazas de nomeamento discrecional. En particular, na motivación. 7. Un progreso considerable na motivación dos actos e acordos administrativos discrecionais: a súa necesaria repercusión noutros ámbitos administrativos.*

1. O CONSTANTE PROBLEMA DO CONTROL DA DISCRECIONALIDADE DOS ACTOS E ACORDOS ADMINISTRATIVOS

É coñecido que a discrecionalidade administrativa é un dos temas recorrentes do Dereito Administrativo. A súa presenza é constante, pois manifesta a permanente tensión entre o exercicio do poder e o preciso control deste en orde ao sometemento da Administración pública á lei e ao dereito (cfr. art. 103.1, CE.). Todo poder, teña o adusto aspecto do dominio autocrático ou o vistoso e atractivo vestido da confección democrática, séntese sempre, pola súa mesma natureza, como capacidade de estenderse, de impoñerse, e, mesmo, de convencer, a través dunha doutrina oficial politicamente correcta, de que actúa en interese e en beneficio do sometido. Como referiu recentemente o filósofo José Antonio MARINA, no *"poder se experimenta la realidad como libertad, como apertura de posibilidades, como acontecer real, dinámico y expansivo"*.¹ Esta circunstancia suscita de inmediato o problema das consecuencias, pois nun Estado democrático é evidente que esa pretensión de actuar con mans "libres" para producir os efectos desexados debe ter unha habilitación clara e precisa no Dereito, e, así mesmo, debe permitir que este arbitre un adecuado control para que o exercicio do poder non se converta en patente de curso para a arbitrariedade e a irracionalidade (art. 9.1 e 3, e 106.1, CE), nin para a depreciación ou conculcación dos dereitos e intereses lexítimos dos particulares (art. 10, CE)², isto é, dos que se relacionan e someten ao poder, xa que o Estado de Dereito é tal na medida en que o poder se somete ao dereito, e permite a adecuada tutela e protección do dereito e interese do particular. No caso de non ser así, é obvio que non se pode falar propiamente de Estado de Dereito, salvo que se queira xogar coa linguaxe para engaiolar e enganar o cidadán. Neste contexto, pódese dicir que *"toda la historia del derecho administrativo puede resumirse en esto: un avance, lento pero imparable, en el camino del sometimiento a un control heterónomo de la totalidad de la actuación administrativa y un paralelo afinamiento de las técnicas correspondientes"*³.

Por iso, *prima facie*, o exercicio da discrecionalidade preséntase como moi

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 Pois, como referiu 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

problemático, porque é claro que por motivos de eficacia, ata pola propia natureza das cousas, o Ordenamento xurídico non o pode prever todo cun nivel de intensidade ou densidade que permita que a interpretación e aplicación da norma sexa unha operación clara, precisa e limpa de adherencias contaminantes e de prexuízos ideolóxicos ou doutra clase. Ocorre xusto o contrario, pois o Ordenamento de ordinario habilita unha discrecionalidade administrativa que permite unha marxe de acción relativamente ampla, posto que a cantidade de factores e necesidades que definen a actividade administrativa aconsella, e, mesmo, esixe ter discrecionalidade⁴. E é aquí, xustamente, onde comeza a dificultade, pois a liberdade de elección, en boa teoría xurídico-constitucional, debe estar presidida sempre polo interese público, algo que non sempre está claro na actuación administrativa.

Non é este, como é obvio, o lugar para intentar unha definición sobre a discrecionalidade administrativa. Primeiro, porque é unha cuestión que ten unha complexidade que desborda o estrito obxecto deste estudo, e, en segundo lugar, porque a bibliografía sobre este tema, tanto española como foránea —da cal, por certo, bebeu, e moito, a española— é xa inabarcable, como non podía ser doutra forma ao tocar un nervio tan sensible, e, ao propio tempo, tan esencial para os dereitos do cidadán, como é a discrecionalidade administrativa⁵. Agora ben, é pacífico considerar que a discrecionalidade —aínda que

⁴ Véxase, por exemplo, o libro de M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25, e bibliografía alí indicada.

O propio John LOCKE, en *Two Treatises of Government*, 1690 (*Dos ensayos sobre el Gobierno Civil* (tradución 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 É, como se dixo, practicamente inabarcable a bibliografía sobre a discrecionalidade administrativa. Carece de sentido, e tamén de utilidade, intentar aquí facer unha relación de libros, artigos e comentarios máis ou menos exhaustiva. Abonda con sinalar, separadamente do estudo senlleiro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit., a controversia que nos anos noventa do pasado século se produciu entre varios coñecidos profesores: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2.^a ed ampliada 1997, L. PARELLO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, 1993, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; ou, en fin, do propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA, nun libro máis recente, e tamén moi vivo e enérxico, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 3.^a ed. 1997.

Outros autores escribiron, así mesmo, con moita solvencia técnica (particular interese teñen os libros de M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ou de E. DESDENTADO DAROCA,

é, como xa se advertiu, un concepto controvertido—, permite ao ente administrativo unha pluralidade de solucións, todas elas igualmente xustas, que, por conseguinte, a Administración pode adoptar. O Tribunal Supremo, probablemente influído pola doutrina, e, en concreto, polas teses do profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁶, afirmou que a *“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 do 1 de xuño de 1987)⁷. O que significa que, desde este concepto que asume o Alto Tribunal, a Administración pública pode optar lexitimamente por esas opcións que resultan igualmente xustas. Hai, pois, discrecionalidade; o que significa que existe *“liberdade de actuación”*⁸. A elección entre varias solucións que son xuridicamente indiferentes prodúcese por criterios extraxurídicos —sociolóxicos, económicos, arquitectónicos, ecolóxicos, etc, etc—⁹, e, dentro desta elección, é

Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico, Aranzadi, Pamplona, 1997), sobre este tema, pero non é posible detese, pois desbordaría o sentido desta cita, por forza resumida. Permítome, no entanto, indicarlle ao lector interesado que unha referencia bibliográfica bastante completa está no libro de C. D. CIRIANO VEA, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 593-633. Hai, como é obvio, artigos máis recentes que se relacionan co obxecto deste traballo, como os asinados 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 e ss.) ou por R. BOCANEGRA SIERRA e 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 e ss.)

⁶ O seu traballo *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit é de inexcusable recordatorio nesta cuestión.

⁷ Así mesmo, a STS do 1 de decembro de 1993 declarou: *“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 o afirma, por exemplo, A. GALEGO ANABITARTE, “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, Prólogo ao 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 Véxase J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, p. 19. Pola súa banda, E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, ob cit., p. 70, destaca que a discrecionalidade é un “supraconcepto”, que se refire a un determinado modo de operar administrativo, que consiste en adoptar decisións dentro dunha marxe que deixa o Ordenamento

plenamente válida a actividade da Administración.

A partir de aquí é preciso fiar máis fino, porque xorden varias cuestións que ensombrecen ou nubran a claridade dunha definición de corte académico, que aínda que é explicativa e cómoda na academia, non resulta de todo eficaz para resolver problemas prácticos de certa entidade que se resisten a ser reducidos a dogmas ou categorías convencionais, pois cómpre saber: a) cando é posible falar tecnicamente de discrecionalidade e cal é o seu concreto alcance; b) como se articula o control e ata onde pode chegar este¹⁰; c) é posible, desde a perspectiva constitucional, substituír por medio doutra decisión a incorrecta resolución administrativa?; d) ten encaixe a discrecionalidade na Carta Magna de 1978?, etc, etc.

Indubidablemente, a discrecionalidade, como a xustiza administrativa, a descentralización, o Poder Xudicial, etc, deben encadrarse no marco ou contexto político e xurídico existente, dentro do cal, nun Estado social e democrático de Dereito, como é o español (art. 1.1, CE), o recoñecemento e a garantía dos dereitos e intereses dos cidadáns resulta inescusable, pois estes constitúen un dos alicerces sobre os que se asenta toda a arquitectura constitucional. Nun sistema autocrático, como o que existía antes da Constitución de 1978, o control que se arbitraba sobre a discrecionalidade da Administración pública, aínda que moi meritorio desde o punto de vista técnico, estaba danado ou pervertido desde a súa raíz polo “pecado orixinal” que levaba implícito todo o sistema. E do mesmo xeito que un paralítico, por moi fortes que teña os brazos, non pode competir cun atleta boxeador plenamente en forma, por moi ben que puidesen funcionar esas proezas técnicas que se enfatizaban para controlar a discrecionalidade, de ningún xeito podían fornecer os mesmos efectos que nun Estado de Dereito plenamente constituído. E iso por un dato esencial: a propia posición e actuación do Poder Xudicial non podía ser equiparable coa dun Estado de Dereito¹¹. Isto significa que aínda que os meca-

xurídico, para o que se permite unha elección entre distintas alternativas sobre a base de conceptos extraxurídicos. O que permite un ámbito de apreciación valorativa da Administración, que, en rigor, só a ela lle compete. Con todo, isto non significa que non haxa límites internos e externos para a adopción destas decisións sobre a base de distintas alternativas. Hai extremos e aspectos que delimitan esa capacidade de actuación

¹⁰ M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, cit., pp. 219 e ss, que analiza o dereito á tutela xudicial efectiva como límite constitucional á atribución de potestades discrecionais.

¹¹ Neste extremo, por exemplo, A. NETO GARCÍA, *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004, p. 127. E GARCÍA DE ENTERRÍA no seu libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., pp. 39, e 47 e 48, di: “(...) 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

nismos técnicos de control, tan traballosamente confeccionados, tiñan moitas virtualidades para a fiscalización da actividade administrativa, o control, polo contexto no que se aplicaba, tiña un impacto bastante máis frouxo ca o que pode orixinar nun *Estado propiamente de Dereito*¹². Por iso é só unha verdade a medias o argumento que se esgrimiu nun momento determinado por algunha doutrina sobre a maior lexitimidade democrática da Administración pública no Estado constitucional (deixando entrever que eses mecanismos técnicos tiñan que modularse ou afrouxarse, pois non se estaba loitando contra unha Administración autocrática), pois, en realidade, esa loita nunca era tan aberta e clara como a que se mantén nun auténtico Estado de Dereito¹³. Por esta razón os instrumentos técnicos de control cando realmente producen efectos é co establecemento do Estado social e democrático de Dereito, que os transfigurou de tal xeito que permitiu avanzar moito máis que con anterioridade.

Con independencia disto, que é bastante obvio e elemental por outra banda, é patente que a formulación dunha cuestión tan relevante e, ao propio tempo, tan necesaria e inasible como a discrecionalidade dos actos e acor-

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". Tamén, M. BELTRÁN DE FELIPE (*Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., pp. 221 e ss) fai unha crítica sobre a pretendida maior lexitimidade democrática da Administración actual.

É obvio que o sentido común e a lóxica, así como a experiencia, certifican a absoluta certeza destas afirmacións. O sorprendente é que se chegou a dudar de algo tan elemental: un réxime autocrático, polo seu propio carácter, non quere controis nin fiscalizacións vindas do Dereito

¹² Eses mecanismos técnicos de control teñen o seu encaixe natural no Estado democrático de Dereito, isto é, nun Estado no cal estea garantida a separación efectiva de poderes, que recoñeza e garanta tanto o sometemento do poder ao dereito, como os dereitos e intereses dos cidadáns, nun Estado, en fin, que corresponda cunha democracia avanzada. É evidente que cando non existen esas condicións previas, calquera mecanismo técnico perde a súa forza e a súa capacidade para lograr o que en teoría pretende alcanzar. Descoñecer isto é ignoralo todo e divagar sobre teorías baleiras que para nada serven.

¹³ Como é lóxico, cando se di "auténtico Estado de Dereito", non se afirma para facer unha concesión á retórica: non todo Estado que se cualifica formalmente como "de Dereito" o é realmente. Só se se dan concretas condicións pódese falar de Estado "de Dereito" en sentido técnico. Polo demais, o Estado de Dereito non se ten definitivamente porque o digan a Constitución ou unhas leis, senón que é preciso construílo día a día, e sen desmaio nin excesiva confianza no conseguido, pois as trampas sempre axexan, as tentacións do poder nunca morren, senón que, como a enerxía, e no mellor dos casos, se transforman, e, nun contexto así, a fragilidade de todo o logrado é indiscutible. Dito noutras palabras: *o Estado de Dereito é de cristal, non é de aceiro*. Xa que logo, pode romperse se non se trata co debido coidado, e esa ruptura pode ocorrer en calquera momento.

dos da Administración¹⁴, hai que radicalo na Constitución española, do 27 de decembro de 1978, máis que nunha suposta evolución histórica dun Estado autocrático a un democrático e de Dereito, ou a unha maior ou menor lexitimidade da Administración pública española, xa que esta, en último termo, se lexitima na prestación eficaz e satisfactoria dos servizos públicos, e no rigoroso respecto á lei e ao dereito. Como destacou, hai xa algúns anos, 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. Pois como, así mesmo, argumenta GARCÍA DE ENTERRÍA é *"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; polo 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 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.

¹⁴ E, así mesmo, tan trascendente para a operatividade do Dereito Administrativo. Non é de estrañar que, por exemplo, Bernard SCHWARTZ, no seu *Administrative Law* (Boston, 3.^a ed. 1991, p. 652), sinala que, verdadeiramente, *"de que trata o Dereito Administrativo se non é do control da discrecionalidade"*, e, na doutrina española, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*"Discrecionalidad y jurisdicción revisora"*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1974, p. 285), afirme que *"la discrecionalidad ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo"*. O mesmo que subliña, máis recentemente, M. BACIGALUPO, cit., p. 21.

¹⁵ *Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico*, Asemblea de Cantabria, Santander, 1990, pp. 45 e 46. Prosegue: *"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.

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^a ed, cit., p. 75. Di: *"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*

Xa que logo, é evidente que o establecemento dun Estado democrático, lonxe de acurtar, modular ou redimensionar á baixa os mecanismos técnicos que permiten o control efectivo da Administración pública, intensificounos. E, de feito, produciuse nos últimos trinta anos un aumento da perfección técnica dos mecanismos de control a raíz da aprobación da Carta Magna de 1978, como non podía ser doutra forma. Así, ás técnicas tradicionais que o propio GARCÍA DE ENTERRÍA propuxo no seu coñecido traballo "*La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*"¹⁸, en 1962 (existencia da potestade discrecional e concreta extensión desta, a verificación dos feitos que lexitiman a súa aplicación, a competencia do órgano, e a observancia do procedemento e o fin, así como os principios xerais do Dereito e os conceptos legais indeterminados), engadíronse outras fórmulas técnicas en orde ao control da Administración que reclaman refacer desde os mesmos alicerces constitucionais a discrecionalidade da Administración; esas novas fórmulas técnicas son, por exemplo, a interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3, CE), a razoabilidade e a racionalidade, ou principios xerais, como o de proporcionalidade ou a congruencia interna da decisión¹⁹, que abriron novas vías ou camiños no Estado de Dereito, sen que poida cualificarse para nada *estas novas fronteiras* como unha mostra dun suposto "activismo xudicial"²⁰, senón como unha consecuencia necesaria dun sistema xurídico baseado na democracia e na liberdade (art. 1.1 e 10. CE), e que, xa que logo, recoñece e ga-

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 anticipou, este traballo é básico para o coñecemento do control da discrecionalidade da Administración. Publicouse na *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962 (pp. 159-209). A. NETO GARCÍA nos comentarios que fixo ao volume *34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983, p. 486, cualificouno de "*verdadero manifiesto constitucional. Desde el Derecho empieza así España su largo camino hacia la Democracia*". Non é eloxio menor, precisamente.

¹⁹ Así, por exemplo, esíxese a coherencia interna dos plans urbanísticos, con base na forza normativa do fáctico (STS de 21 de marzo de 2006). Véxase sobre este punto M.³ 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 e ss.

²⁰ É máis, a jurisprudencia española non foi precisamente vangardista, senón máis ben todo o contrario. Nada que ver coa doutrina do Consello de Estado francés, ou coas decisións de órganos xurisdiccionais ingleses ou norteamericanos, nos que o avance, a perspicacia técnica e a "creación" de verdadeiro e bo Dereito é coñecida, e non necesita maior argumentación. Para o Consello de Estado francés é aínda interesante remitirse ao libro de Prosper WEIL, *Derecho Administrativo* (tradución española de L. RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, adaptada á décima edición orixinal de Javier GARCÍA DE ENTERRÍA L. VELÁZQUEZ, Madrid, 1.³ ed. 1986, onde se atopa unha frase elocuente que escusa máis argumentos. Di WEIL: "*El Consejo de Estado ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segregada su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y, sin aquella, éste no hubiese nacido*" (p. 43)

rante os dereitos e intereses dos cidadáns²¹. Nada máis lóxico e normal. Crer que o Poder Xudicial, porque fai o seu traballo, se excede é, como mínimo, un curioso xeito de concibir o Estado democrático, onde a división de poderes é garantía imprescindible para poder ser cualificado como tal, e onde o control da Administración debe ser efectivo e intenso. Por iso, o cambio que trouxo a Constitución Española é substancial, pois dun "*Estado con Dereito Administrativo pero sen dereitos fundamentais*" (GARCÍA DE ENTERRÍA)²², pasouse a un Estado que recoñece e garante os dereitos e intereses dos cidadáns (cfr. art. 53. 1 e 2 CE.)²³. É este contexto o que debe servir de base, fundamento e inspiración para articular a discrecionalidade administrativa, e non unha pretendida eficacia administrativa desorbitada, que tendo unha indubidable relevancia, non está ao mesmo nivel constitucional que a protección dos dereitos fundamentais e as liberdades públicas dos cidadáns.

Se isto é así, e é evidente que existiron avances na doutrina e na xurisprudencia contencioso-administrativa, non por iso se debe crer inxenuamente que o ciclo se pechou. Como di Prefecto Andrés IBÁÑEZ nun significativo artigo titulado "*Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar*"²⁴; a loita debe continuar, e a garda non se debe baixar de ningún xeito, e iso, en síntese, por dúas razóns: i) porque o poder, co seu carácter expansivo e dominante, crea ou abre sempre novos espazos nos cales o seu exercicio se mostra con máis intensidade e enerxía, e, por iso, propende a eludir controis e fiscalizacións cos máis variados argumentos e escusas (razón de Estado, eficacia administrativa, interese xeral, imposibilidade material, etc, etc); e ii) porque sería iluso entender que as garantías dos dereitos e liberdades, por mencionalas nas normas, ipso facto se converten en garantías materiais. Ninguén con algunha experiencia na realidade administrativa e na actuación forense pode admitir que o recoñecemento dun dereito implica automaticamente a súa correcta tutela. Do que di formalmente a lei ao que se aplica na práctica hai un longo treito, que, sen dúbida, debe ocupar a adecuada técnica xurídica, para que poida de verdade ese dereito converterse nun-

²¹ Véxase, M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, ob cit., pp. 237 e ss, quen afirma que a garantía dunha tutela xudicial efectiva, non só formal, senón tamén material, fronte á actuación administrativa presupón "*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 Véxase M. J. SARMIENTO ACOSTA, "Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales", *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, pp. 205-234

²⁴ Publicado na *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, 1997, pp. 5 e ss.

ha realidade práctica ao alcance dos cidadáns. Con esta formulación de loita "continua", é obvio que moitos lugares comúns e convencións académicas se deben renovar á luz das virtualidades que a Constitución ofrece, e que, nalgúns casos, non foron suficientemente exploradas, e moito menos explotadas. Hai un caso dunha evidente importancia e significación: o da discrecionalidade técnica e o dos nomeamentos discrecionais efectuados polo Consello Xeral do Poder Xudicial²⁵, órgano de goberno de devandito Poder (art. 122.2, CE.), posto que dunha postura reticente ao control efectivo de devanditos nomeamentos, na cal a xurisprudencia utilizaba subterfuxios como a colexialidade do órgano, os motivos de confianza ou a gran discrecionalidade para non entrar na fiscalización real e efectiva do nomeamento, pasouse a outra moito máis progresiva que entra seriamente no control do nomeamento, co uso de técnicas e criterios que obrigan a desenvolver unha motivación detallada de aspectos que antes se cubrían co manto da discrecionalidade. É este asunto dos nomeamentos discrecionais do CXPX un exemplo elocuente do avance das técnicas xurídicas en orde ao control da Administración pública²⁶, e que teñen na motivación dos actos e acordos discrecionais unha canle que debe ser seguida noutros ámbitos administrativos.

²⁵ En diante, CXPX.

²⁶ O CXPX é, como di o artigo 122.2 da Constitución, "o órgano de goberno do mesmo", e estará "integrado polo presidente do Tribunal Supremo, que o presidirá, e por vinte membros nomeados polo rei por un período de cinco anos. Destes, doce entre xuíces e maxistrados de todas as categorías xudiciais, nos termos que estableza a lei orgánica; catro a proposta do Congreso dos Deputados e catro a proposta do Senado, elixidos en ambos casos por maioría de tres quintos dos seus membros, entre avogados e outros xuristas, todos eles de recoñecida competencia e con máis de quince anos de exercicio da súa profesión" (art. 122. 3, CE). Xa que logo, é evidente que non é un órgano inserido dentro do organigrama do poder executivo, nin, polo tanto, da Administración pública (arts. 97, e ss e 103 e ss CE), como reflicte, por outra banda, a súa propia localización sistemática dentro da Constitución española –que é no Título VI, relativo ao "Poder Xudicial", e non no Título IV, que é o que alude "Do Goberno e da Administración" (arts. 97-107)–. Con todo, é evidente que para o ordenamento xurídico é un órgano no cal se desenvolve actividade administrativa estritamente considerada. Dedúcese así do disposto no artigo 143.2 da Lei orgánica do poder xudicial (en diante, LOPX), e, por suposto, do establecido no artigo 1.3. b) da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, que di que coñecerán –os xulgados e tribunais da orde contencioso-administrativa–, as pretensións que se deduzan en relación cos "actos e disposicións do Consello Xeral do Poder Xudicial e a actividade administrativa dos órganos de goberno dos xulgados e tribunais, nos termos da Lei orgánica do poder xudicial"

2. DISCRECIONALIDADE ADMINISTRATIVA E MOTIVACIÓN: UNHA RELACIÓN CONFLITIVA PERO OBRIGADA

Pero antes de analizar estes pronunciamentos do Tribunal Supremo, coa extensión que esta evolución xurisprudencial merece, é preciso destacar a necesaria relación que ten que existir entre discrecionalidade administrativa e motivación no seo dun Estado de Dereito. A motivación dos actos e acordos administrativos discrecionais non estaba especificamente prevista no artigo 43 da Lei de procedemento administrativo do 17 de xullo de 1958²⁷, o cal foi criticado pola doutrina máis autorizada²⁸. Foi a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, a que veu a incorporar esta elemental esixencia dos actos e acordos discrecionais (art. 54 1, f)²⁹, como consecuencia dunha cabal interpretación e aplicación da Constitución, e da necesidade de que non só a Administración actúe de acordo coa lei e co dereito (art. 103.1 CE), senón de que poida ser efectivamente controlada polos xuíces e tribunais (art. 106.1), para evitar, así mesmo, a arbitrariedade (art. 9.3, CE).

Desde unha perspectiva máis ampla, hai que ter en conta que hoxe o deber de motivar as decisións administrativas ten alcance europeo. A mesma *Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea* prevé no seu artigo 41, dentro do "dereito a unha boa Administración", a "*obligación que incumbe á Administración de motivar as súas decisións*". E o Tribunal de Xustiza da Comunidade declarou que non é suficiente con referir ou reproducir o texto dos artigos que se aplican, senón que debe sinalarse *a xustificación da medida adoptada pola*

²⁷ Este precepto limitábase a dicir:

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 exemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA e T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 4.^a ed. 1983, pp.524 e 525.

²⁹ Véxase L. MARTÍN REBOLLO, "Capítulo VII Disposiciones administrativas y actos administrativos", no vol colectivo, dir por J. LEGUINA VILA e 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, quen afirma que a esixencia de motivar os actos discrecionais era "*una generalizada aspiración doctrinal, como medio de poder controlar el ejercicio de la potestad discrecional (...)*"

Comisión (STXCE do 24 de xaneiro de 1992, caso *La Cinq. S.A.*) para que o interesado poida defender os seus dereitos e comprobar se a medida é ou non fundada. Isto comporta que a necesidade de motivar non é unha mera formalidade, senón que conecta cunha cultura xurídica, asumida e asentada xa de forma clara, na que a Administración, ou, máis amplamente, os poderes públicos, deben dar conta e razón das súas medidas, comportamentos ou omisións. Neste contexto, a motivación é unha consecuencia lóxica da plasmación dun verdadeiro Estado de Dereito e dunha sociedade democrática avanzada, que require unha Administración que se suxeite ao dereito, e que así o probe na práctica, explicando debidamente o que dita.³⁰ E de feito, como refire COSCULLUELA, os supostos de motivación que ampara e esixe o ordenamento xurídico son tan amplos que "*prácticamente sólo los actos reglados favorables al interesado y no perjudiciales para tercero quedan exentos de motivación*"³¹.

A motivación é precisa, como destacou o Tribunal Supremo (STS do 15 de outubro de 1981, Ar. 3673), porque é a "*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 al menos restringido, en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriera contra el acto*"; e se, en consecuencia, é necesaria nunha serie de actos e acordos para exteriorizar a razón ou causa do acto, e, paralelamente, para poder controlar os mesmos³², cobra unha

³⁰ A STS do 25 de xullo de 2006 declarou, entre outras cousas: "*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 iso, no caso que trata, esta STS di que se requiría xustificar a decisión que, no momento da aprobación provisional e definitiva, se aparta do criterio da aprobación inicial do plan.*

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

³² Pode consultarse o estudo de M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, quen (pp. 223 e 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*

especial relevancia cando eses actos son produto do exercicio da potestade discrecional. Neste extremo, fronte á crítica que noutros apartados a Lei 30/1992 merece, esta previsión esixe recoñecer o seu avance³³, pois reconduce a unha conclusión clara: se o acto ditado en exercicio dunha potestade discrecional non é motivado preséntase como caprichoso ou arbitrario, e, xa que logo, como potencialmente ilegal³⁴. A doutrina que se ocupou desta cuestión é moi clara sobre este punto. Así, T. R. FERNÁNDEZ sostén que a *“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. E a xurisprudencia nun ámbito no cal a discrecionalidade ten o seu campo abonado, como é o da planificación urbanística³⁶, destacou os medios e as formas de control desta discrecionalidade, e resaltou a transcendencia que ten, por exemplo, a memoria do Plan urbanístico para verificar o axuste a Dereito das decisións que, desde un punto de vista estritamente extraxurídico, adopta o planificador e que se explicitan no plan finalmente aprobado. A STS do 21 de xaneiro de 1997, por exemplo, declarou que esta memoria expresa a motivación do plan, é dicir, manifesta a *“ exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y por consecuencia, las determinaciones*

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”.

Hai que indicar, con todo, que a xurisprudencia matiza en función de que o acto administrativo sexa resolutorio ou de simple trámite; así a STS do 9 de marzo de 2006, nun suposto de requirimento de información da Comisión do Mercado das Telecomunicacións, declarou que tiña motivación suficiente. *“Es necesario –aseverou o 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 Véxase F. GARRIDO FALLA e J. M.ª FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, p.157. Destácase que é a máis importante novidade da lei en relación coa motivación.

³⁴ A. DORREGO DE CARLOS e C. GUTIÉRREZ VICÉN, “Capítulo 9. Disposiciones y actos administrativos (artículos 41, 45 y 46 y 51 a 61)”, no 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 o artigo 3.1, do Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei do solo, establece que o exercicio *“da potestade de ordenación territorial e urbanística deberá ser motivado, con expresión dos intereses xerais a que serve”*. Unha novidade sen dúbida moi relevante (neste sentido, J. M. DÍAZ LEMA, *Nuevo Derecho del suelo. Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Bos Aires, 2008, pp. 18 e 19)

*del planeamiento*³⁷. A memoria, pois, serve para "evitar a arbitrariedade" (STS do 9 de xullo de 1991), e por conseguinte desenvólvese nun contexto no cal hai unha unión esencial entre motivación e discrecionalidade.

É evidente, xa que logo, que os actos discrecionais deben estar motivados, xa que iso permite comprobar cales son as razóns ou causas que impulsaron a Administración para adoptalos e asegura así un mellor control da discrecionalidade administrativa por parte dos particulares (STC 37/1982, do 16 de xuño). Ata aquí todo parece claro; o problema xorde ao tratar de determinar que se entende por motivación suficiente, pois unha vez establecido: a) *que hai unha relación inescindible entre exercicio da discrecionalidade e motivación dos actos e acordos administrativos*, e b) *que é preciso motivar, xa que logo, todos os actos e acordos aprobados en exercicio das potestades discrecionais, en aplicación do artigo 54.1, f) da Lei 30/1992*, o problemático é saber cal é o carácter, contido e alcance desta motivación; é dicir, se pode reputarse motivación calquera argumento ou fórmula de estilo que a Administración teña por conveniente consignar no acto ou acordo que dita, xa que o artigo 54.1 da Lei 30/1992 se limita a dispoñer que serán motivados "*con sucinta referencia de feitos e fundamentos de dereito*". O cal pode ser interpretado –e así se interpreta ás veces– como a expresión duns datos concisos ou xuízos de valor, sen soporte ningún no expediente, e que, en realidade, non indican nada, ou, pola contra, este requisito implica expresar unha xustificación minimamente consistente da decisión. Ao noso xuízo, a motivación que esixe o artigo 54.1 (que, polo demais, debe ser interpretado e aplicado de acordo cos art. 9.1 e 3, 24.1, 103.1 e 3, e 106, CE, entre outros) é unha motivación real ou material³⁸, e non simplemente formal. Unha motivación que non ten que ser por forza extensa ou minuciosa³⁹, *pero sí*

³⁷ Véxase, sobre este particular, o libro de J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., pp. 44 e ss.

³⁸ Nesta dirección, véxanse M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob cit., pp. 31 e ss, e M. ATIENZA, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, 1995, pp. 18 e ss, quen subliña que "*motivar una decisión no significa explicarla, sino justificarla*", pois 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 é que a Administración en moitísimas ocasións nin sequer chega á explicación máis elemental, xa non digamos á xustificación, que parece xa unha sutileza versallesca para moitos administradores afeitos a decidir sen explicar, e que, mesmo, ven "xustificar" a resolución como unha especie de renuncia inaceptable ante o particular. Con estes costumes administrativos é cos que hai que acabar, impondo unha motivación seria e consistente, é dicir, unha motivación material.

³⁹ Permittiuse, mesmo, a remisión a informes que puideron realizar outros órganos, que son asumidos polo órgano que dita o acto final, pero iso sempre que o informe teña unha motivación suficiente (SSTS do 30 de xuño de 1986 e 4 de novembro de 1988). E o artigo 89. 5 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, di textualmente que "*A aceptación de informes ou ditames servirá de motivación á*

precisa, suficiente (STS do 9 de xuño de 1986) e *coherente co actuado no expediente*⁴⁰. Xa que logo, non abonda con que se “cubran” de calquera xeito os fundamentos que preceden á decisión, senón 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. A eficacia ou a rapidez –ou a economía procesual, escusa que esgri-

resolución cando se incorporen ao texto da mesma”. Con todo, isto non sempre foi así na propia xurisprudencia do Tribunal Supremo. Por exemplo, unha significativa STS do 5 de xullo de 1996, ditada nun recurso de casación en interese de lei, relativo ao recoñecemento dos tramos de investigación pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade (coñecidos coloquialmente como sexenios), declarou algo tan curioso como que as “*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*”. O cal significa que se acepta un informe que contén só un número (5, 6, 7, etc), e isto, segundo o Tribunal Supremo, é “motivación”, cando é patente que nese informe non hai unha motivación “suficiente”, como destacou SALAVERRÍA, que entende que o Alto Tribunal opta por considerar motivación suficiente o que non é “*nin sequera motivación*” (“Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teórico-generales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, 2002, p. 141)

⁴⁰ *Precisa* pois non se poden considerar motivación afirmacións abstractas ou xenéricas que serven para todo (Cfr., por exemplo, M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob cit., pp 190 e 191, onde refire a xurisprudencia que esixe precisión nas normas e os feitos); *suficiente*, (STS do 22 de xuño de 1995), xa que deben consignarse os feitos e os fundamentos de dereito, pero iso non quere dicir que coa simple transcripción dun precepto, ou coa sucinta consignación dun dato ou feito, sen integralo nunha explicación convincente, queda satisfeita esta esixencia. A motivación suficiente esixe que haxa un discurso -aínda que sexa esquemático, pero o suficientemente elocuente -, que permita coñecer a secuencia lóxica entre os feitos que se teñen en conta e o Dereito que se aplica, articulando unha conexión plausible de acordo coas regras e técnicas do Dereito e do sentido común; e *coherente*, porque debe haber unha conexión lóxica entre o que se solicita e se ten en conta no expediente e o que se decide; non invocando cuestións que non se suscitan, nin tendo en conta feitos que non proceden para estimar ou denegar o que solicita o interesado. Ou, pola contra, non tendo en conta o substancial, e sobrevalorando os aspectos periféricos ou irrelevantes do que se suscita (véxase, por exemplo, 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 ao carácter incorrecto da motivación que non consigna os verdadeiros motivos do acto, senón outros erróneos). A coherencia ten moito que ver coa lóxica, pero tamén coa seriedade e a seguridade no actuar administrativo (Cfr., por exemplo, J. M.³ BOQUERA OLIVER, voz “Motivación del acto administrativo”, na *Enciclopedia Jurídica Básica III*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1995, pp. 4343 e 4344, quen cita unha STS do 21 de marzo de 1968, Sala 4.^a, que recalca a “*necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el Derecho aplicable y la decisión adoptada*”) Estes tres requisitos, que consideramos esenciais para poder falar en serio dunha motivación material, sencillamente ás veces non se aplican pola Administración, e, o que é aínda máis grave, polos propios tribunais. O exemplo da STS, xa citada, do 5 de xullo de 1996, ou, mesmo, da STC 17/2009, do 26 de xaneiro, son ilustrativos desta materia. En concreto, é grave que a STC 17/2009 se apoie na STS do 5 de xullo de 1996, cando xa se sabe que é unha STS moi pouco eloxiable.

⁴¹ F. GONZÁLEZ NAVARRO, no volume colectivo, elaborado xunto 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, ademais, subliña que dada a unidade de esencia que existe entre “*proceso judicial y el llamado procedimiento*

me, por exemplo, o voto particular que formulan algúns maxistrados do Tribunal Supremo á, por outra banda, correcta STS do 29 de maio de 2006⁴²– non poden invocarse en detrimento dos dereitos e intereses dos cidadáns, e, por conseguinte, o carácter “sucinto” non pode servir de apoio a escusas para non exteriorizar verdadeiramente os fundamentos que se han ter en conta para adoptar o acto ou acordo pola Administración. A doutrina do Tribunal Supremo dos últimos anos móstrase partidaria desta esixencia, isto é, dunha motivación verdadeira, e non dun simulacro de motivación con referencias sucintas ou abstractas que serven para todo, e que non xustifican –e nin sequera explican–, nada. A STS do 22 de xuño de 1995(Sala 3.ª, Sección 3.ª), declarou 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”*; e a máis recente STS do 19 de xullo de 2010 declara expresamente, nun asunto relativo ao control da motivación do xuízo técnico dos tribunais de oposicións, que *“al recurrente no se le ha ofrecido una motivación sobre la no valoración de los mé-*

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 exemplo, a STC do 13 de maio de 1987 (M. M. FERNANDO PABLO *La motivación del acto administrativo*, cit., pp. 31 e ss analizou a proximidade da motivación do acto administrativo e da sentenza, así como as diferenzas entre Poder Executivo e Poder Xudicial para estes efectos. É obvio que hai que remitirse a este estudo, pois nun traballo desta natureza non se pode entrar).

Respecto da coherencia que debe ter a resolución xudicial, debe recordarse que as SSTC 214/1999, do 29 de novembro, e 64/2010, do 18 de outubro, declaran que o dereito *“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, do 18 de outubro, FJ. 3, con cita doutras SSTC). A STC 214/1999, do 29 de novembro (FJ.4), ademais, subliñou 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”* (Véxase, así mesmo, SSTC 96/2006, do 27 de marzo FJ. 6, e 105/2009, do 4 de maio, FJ.2)

⁴² Sentenza que resolveu a impugnación do Real decreto 1826/2004, do 30 de xullo, polo que se nomeou presidente da Sala do Penal da Audiencia Nacional, e que supón un cambio moi relevante e positivo da doutrina do Alto Tribunal sobre a motivación dos nomeamentos xudiciais, como se analizará máis adiante.

ritos; 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; e con respecto á memoria dos Plans urbanísticos –asunto que non nos interesa neste artigo– xa hai uns pronunciamientos xurisprudenciais máis ou menos desenvolvidos que delimitan o contido e alcance da memoria. Non é así noutros ámbitos nos cales a discrecionalidade impera con forza, e sempre existe o perigo de que a motivación se tente cumprir con expresións vagas, con fórmulas estereotipadas que serven para liquidar moitos casos, pero que, en realidade, nada din do substancial no caso concreto. Un bo exemplo do que se afirma é a criticable STS do 9 de decembro de 2002, nun recurso interposto contra un acordo do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, en virtude do cal se facía un nomeamento de Secretario do Servizo de Inspección do Consello, no que se esgrimía pola recorrente ter maiores méritos que o finalmente seleccionado e a falta de motivación. Pois ben, o Tribunal Supremo, sen o menor rubor, declarou: "*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 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*

⁴³ Tamén a STS do 14 de abril de 2009, nun procedemento para o acceso á carreira xudicial pola categoría de magistrado, entre xuristas de recoñecida competencia con máis de dez anos de exercicio profesional, declarou que a 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 a doutrina das SSTS do 29 de maio e do 27 de novembro de 2006 e do 27 de novembro de 2007, que despois se analizarán, e 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*"

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 (...)". Xa que logo, desta curiosa tese dedúcese que o que prima é a "confianza", pois os méritos –se son maiores ou menores, dunha clase ou de outra– son apreciados libremente por ese órgano colexiado que integra a súa vontade a través dun sistema de votos, que non deben motivarse. O que empeza como "un concurso de méritos", interprétao o Tribunal Supremo nesta sentenza como unha operación aberta para trocar, e, polo tanto, transformar nunha elección por motivos de confianza. A pregunta que xorde de inmediato é a seguinte: para que falar, daquela, dun concurso de méritos, se ao final estes, que, en boa lóxica, deben ser obxectivos, non son estimados con neutralidade e rigor, e o que se impón é algo tan indeterminado e volátil como a confianza que pode inspirar o candidato? É máis, é serio invocar o carácter colexiado dun órgano para, pura e simplemente, exonerar do deber de motivar os seus acordos? Ou é que o artigo 54 da Lei 30/1992 non se aplica aos órganos colexiados?⁴⁴. As crebas técnicas desta STS⁴⁵ son de vulto, e impropias dun Alto Tribunal. En simi-

⁴⁴ É sabido que a esixencia de motivación, prevista no artigo 54.1, f) da Lei 30/1992, se aplica tanto aos actos administrativos ditados polos órganos unipersoais como aos acordos adoptados polos órganos colexiados, pois o referido precepto non fai distinción de órganos (neste sentido, véxase 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 e ss.)

⁴⁵ Esta STS do 9 de decembro de 2002 é criticable por varias razóns. Primeiro, porque parte do dogma de someterse ás bases da convocatoria, e, dalgún xeito, recrimina ao recorrente non impugnar as mesmas en tempo e forma; a segunda porque argumenta un motivo de confianza nun concurso de méritos, cando o relevante neste é a apreciación obxectiva dos méritos; e, terceiro, porque é improcedente invocar a confianza, que, ademais, se pode interpretar de múltiples formas. Por se todo iso fose pouco, tenta aplicar de forma voluntarista e incorrecta a, polo demais criticable –como veremos– STS do 30 de novembro de 1999 a un concurso de méritos, cando esta STS se refería ao nomeamento discrecional dun presidente de Audiencia Provincial. O resultado que se persegue é non cumprir co deber de motivar, utilizando unhas bases conceptuais inadecuadas para iso.

lares terreos desenvólvense as SSTS do 12 de febreiro e do 19 de febreiro de 2008, que declaran que as normas da 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*", ou a xa citada STS do 5 de xullo de 1996, ditada nun recurso de casación en interese de lei, relativo ao recoñecemento dos tramos de investigación pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora (coñecidos coloquialmente por "sexenios"⁴⁶).

⁴⁶ Regulados polo Real decreto 1086/1989, do 28 de agosto, sobre retribucións ao profesorado universitario, modificado en varias ocasións, e pola Orde ministerial, do 2 de decembro de 1994 (despois ditáronse distintas resolucións, como a Resolución do 18 de novembro de 2009 da Presidencia da Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora, pola que se actualizan os criterios específicos en cada un dos campos de avaliación), e que ten unha importancia moito maior que a simplemente económica, pois a evolución normativa posterior definiu unha situación na cal se teñen en conta como indicador cualificado da calidade, para ser nomeado, por exemplo, profesor emérito, para pertencer a comités e tribunais académicos, ou formar parte dos criterios aplicados no reparto dos orzamentos destinados á investigación, e ata para reducir as obrigas docentes (cfr. Regulamento de Planificación académica da Universidade das Palmas de Gran Canaria, do 2 de xullo de 2010). Obsérvese como o Real decreto 1312/2007, do 5 de outubro, polo que se establece a acreditación nacional para o acceso aos corpos docentes universitarios ("BOE" núm 240, do 6 de outubro de 2007), establece no seu artigo 6, entre os criterios para a designación dos membros das comisións que valoran as solicitudes de acreditación como catedráticos de universidade e profesores titulares de universidade, a de xustificar "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 pertencer a estas comisións e acreditar a catedráticos (tres tramos) ou titulares de universidade (neste caso esíxense dous tramos). Pero é que ese mesmo Real decreto 1312/2007, no seu anexo, dá unha importancia capital á posesión dos sexenios, pois di que "la aportación de un período de actividad investigadora reconocido de acuerdo con las previsiones el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, de retribuciones del profesorado universitario, tendrá una valoración de 15 puntos", dentro dun baremo que concreta en 55 como máximo para a actividade investigadora. Isto proba a transcendencia que se lles dá aos famosos sexenios. E a literatura que se ocupa da universidade xa empeza a enfatizar o seu relevo 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 os chamados "gallifantes" parece que se converteron na principal preocupación de boa parte do profesorado universitario, e que, en xeral, foron positivos para incentivar o colectivo. Por iso, é claro que a resolución destes expedientes debe asegurar a adecuada tutela dos dereitos e intereses dos solicitantes, algo que non sempre se consegue. O mesmo OLLERO, que ten unha concepción moi positiva dos sexenios, fala de erradicar "la clandestinidad imperante (...) bajo la que no es difícil detectar frutos de arbitrariedad en algunos déspotas ilustrados". E outro analista habitual das cuestións universitarias, Andrés DE LA OLIVA ("Corporativismo, Derecho y Universidad", *ABC*, do 29 de novembro de 1998, p. 56), refire en defensa dos universitarios, o seguinte: "(...) 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 xeito que o que inicialmente nace coa intención de establecer un réxime retributivo especial aplicable ao profesorado universitario derivou cara a outros fins.

Nunha situación como esta, a doutrina da STS do 5 de xullo de 1996, é criticable, pois sinxelamente outórgalle unha capacidade de decisión á Comisión Nacional Avaliadora, sen que teña que motivar nada en absoluto cando, como quedou demostrado, estes sexenios son algo máis que, polo demais, unha escasa cantidade de diñeiro mensual. Son un criterio cualificado de calidade, que o lexislador

Neste contexto é onde é necesario analizar o cambio que experimentou a doutrina do Tribunal Supremo sobre os nomeamentos discrecionais do Consello Xeral do Poder Xudicial. Dun lado, unha arraigada tendencia a esgrimir argumentos pouco consistentes para non motivar. Doutro, a esixencia de enfocar esta importante cuestión de acordo coas esixencias constitucionais dun verdadeiro Estado de Dereito. Vexamos, pois, como se produciu esta evolución.

3. A NON ESIXENCIA DE MOTIVACIÓN POR EXISTIR RAZÓNS DE CONFIANZA E POR SER COLEXIADO O ÓRGANO QUE ADOPTA O ACORDO: STS DO 30 DE NOVEMBRO DE 1999

O Tribunal Supremo en varias sentenzas ditadas despois da Constitución, e da mesma Lei 30/1992, do 26 de novembro, mantivo unha tese en virtude da cal non era precisa a motivación de nomeamentos discrecionais. Exemplo moi significativo desta tese é a STS do 30 de novembro de 1999 –recurso núm. 449/1997, no que se impugnaba o acordo do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial do 9 de abril de 1997, Real decreto 605/97, de 18 de abril, polo que se nomeaba presidente da Audiencia Provincial de Pontevedra–. Esta sentenza partía da premisa de que a designación deste órgano ofrecía “peculiaridades e singularidades en orde á motivación”, que merecen un tratamento particularizado; e así dicía no Fundamento de Dereito 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,

e a práctica académica realizaron. Como se pode permitir esta anomalía nun Estado de Dereito? Ante unha actitude deste carácter, hai autores que chegan a descualificar o sistema de sexenios, como L. PENA (“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 chega a acentualo de inxusto e inservible (Pode, así mesmo, consultarse o artigo de I. M.³ 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)

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”.

E no Fundamento de Dereito sexto destaca o outro argumento para eludir a motivación, e argúe:

“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”.

Xa que logo, sinálase polo Alto Tribunal, en primeiro lugar, que o nomeamento faise por motivos de confianza; en segundo termo, que ao provir dun

órgano colexiado que forma a súa vontade a través dun sistema de votacións, non é posible a motivación. Ademais, argúe que non é necesaria esa motivación nin serviría para controlar xurisdicionalmente a decisión, pois a xurisdición é "revisora", e, para rematar, afirma de forma sorprendente que nun nomeamento como o que se impugna "a simple expresión do exercicio da facultade discrecional é o verdadeiro fundamento ou motivación daquel". A construción que fai esta STS do asunto é, de entrada, superficial, parte dunhas premisas equivocadas ou, canto menos, discutibles –o caso de invocar que a xurisdición contencioso-administrativa é revisora é un exemplo– e aboca a unha conclusión incompatible cun Estado de Dereito: que os nomeamentos nada menos de presidentes das Audiencias Provinciais son derivados da "confianza" que deposita neles o Consello Xeral do Poder Xudicial, coma se fosen cargos políticos de confianza. Pero isto sinxelamente non é así

Primeiro, é superficial porque só utiliza conceptos que non teñen unha directa conexión co caso que se discute (SOSA WAGNER fala de razoamento "*tan de brocha gorda*"⁴⁷), sen profundar verdadeiramente no núcleo do asunto que se debate; a que vén invocar a confianza cando estes relevantes postos son desempeñados por profesionais aos cales se lles esixe acreditar méritos?⁴⁸; como é posible assimilar "discrecionalidade técnica" con libre "designación", cando é patente que tecnicamente son cousas ben distintas?⁴⁹; para que se lles esixe aos solicitantes desas prazas que acheguen os seus méritos se ao final estes carecen de relevancia, pois só a "confianza" que poden inspirar ao Consello é determinante?. Todo isto é sen dúbida moi contraditorio e demasiado lineal, pois non se abordou coa profundidade de perspectiva que o caso merecía desde a óptica constitucional (art. 9.1 e 3, 14, 23, 24, 103 106 e 122, CE.) invocando de aquí e de alá categorías que non tiñan unha directa aplicación ao caso, como a suposta confianza ou a discrecionalidade técnica. O certo é que os candidatos deben aportar méritos, e estes deben servir para algo. Como destacou BACIGALUPO, que criticou con crueza 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*

⁴⁷ Véxase a nota seguinte

⁴⁸ Véxase, 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 los nombramientos judiciales de carácter discrecional?, cit., p.413. Pola súa banda, F. SOSA WAGNER nun artigo publicado no xornal *El Mundo*, o 17 de decembro de 2007, titulado "*Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial*", afirmaba que esta forma de razoar era "*de brocha gorda*"

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

órgano selectivo y cómo los valoró en relación con cada uno de los aspirantes. Es éste, precisamente –prosegue 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.

Polo demais, é claro que os cargos xudiciais, pola relevancia constitucional que teñen, e pola transcendencia da súa actuación para o Estado de Dereito, non poden nomearse sobre a base de algo tan volátil e inseguro como a confianza⁵¹, pois hai unha garantía constitucional de independencia e sometemento exclusivo á lei e ao dereito dos xuíces e maxistrados (art. 117.1, CE), polo que se parte dunha premisa equivocada cando se entende que estes nomeamentos se basean na confianza.

Pero é que, ademais, non é correcto entender que, polo feito de que sexa un órgano colexiado o que adopta o acordo de nomeamento, iso implica a non existencia de motivación, ou de que esta sexa imposible, xa que ese acordo é produto dun sistema de votacións. Sinxelamente non se pode compartir esta tese se se ten en conta o que dispón o artigo 54. 1, f) da Lei 30/1992, que esixe a motivación dos actos e acordos administrativos cando se diten no exercicio das potestades discrecionais, sen que distinga entre actos de órganos unipersoais e acordos de órganos colexiados. Imponse a motivación a todos⁵², e, por conseguinte, non se pode aceptar como válido tecnicamente o sinalado polo Tribunal Supremo para exonerar do deber de motivar, mesmo cando ese órgano colexiado sexa o Consello Xeral do Poder Xudicial, e os nomeamentos sexan, como é o caso que se discutía, discrecionais.

A discrecionalidade dun nomeamento como o que se ventilaba non é, pois, igual a libre designación, nin permite apoialo en motivos de confianza. Polo demais, a colexialidade non permite que se poida prescindir da motivación. Os

⁵⁰ Cit., p. 415.

⁵¹ Ademais, que tipo de confianza?, persoal ou política?; e segundo que criterios se pode ter ou non ter confianza nun determinado suxeito? É obvio que na vida diaria por intuición ou por experiencia podemos saber quen nos inspira confianza ou non. Pero tamén é claro que isto é moi subxectivo, e, en todo caso, moi inseguro. Non é, xa que logo, de recibo apoiar nada menos que un nomeamento deste tipo nunha premisa así.

⁵² Véxase, E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados...*, ob cit., pp. 228 e ss.

fallos de orde técnica que tiña esta STS eran, pois, moi claros, e por iso o mesmo Tribunal Supremo rectificou esta doutrina en sentenzas posteriores.

4. UN CAMBIO RADICAL SOBRE A MOTIVACIÓN DOS ACORDOS DISCRECIONAIS: A STS DO 29 DE MAIO DE 2006

As insuficiencias desta tese foron recoñecidas polo Alto Tribunal nunha sentenza moi significativa, así mesmo, porque versaba sobre a impugnación do Real decreto 1826/2004, do 30 de xullo, polo que se nomeou presidente da Sala do Penal da Audiencia Nacional a D. Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez. Esta STS do 29 de maio de 2006 (recurso núm. 309/2004), ten unha perspectiva máis adecuada ao esixido pola Constitución, e profunda cun notable grao de calidade no asunto que resolve. Así, fronte á alegación do recorrente segundo a cal a praza de presidente de Sala da Audiencia Nacional non está excluída do sistema de concurso, o Alto Tribunal, partindo do disposto nos artigos 326 e 333 da Lei orgánica do poder xudicial, na súa redacción dada pola Lei orgánica 19/2003, do 23 de decembro, declara: "*Una interpretación conjunta de ambos preceptos permite concluir que la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional presenta un perfil mixto, en cuanto que su cobertura resulta de la apreciación de elementos objetivos y reglados, junto con otros que requieren valoraciones subjetivas y de difícil encaje en módulos o baremos preestablecidos, por más que referidas en todo caso a la idoneidad para el ejercicio de la función y en ningún caso ajenas a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad*".

"Ciertamente –prosegue o 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 reconducible a criterios previamente baremados, en cuya apreciación no puede negarse al órgano de selección un amplio margen de libertad de apreciación". Polo tanto, di que resulta lóxica esta caracterización mixta do sistema de cobertura, xa que o posto "*conllea 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 iso conclúe que o destino non se pode configurar como un posto de libre designación no sentido con que habitualmente se utiliza esta expresión no ámbito da función pública nin é un posto que se cubra por concurso⁵³, xa que unha vez logrado o cargo non pode ser libremente cesado ou removido, como acontece na libre designación. Só cesa do seu cargo por casos estritamente taxados, pero tampouco é un sistema de concurso porque –di o Supremo–, “la valoración última de la idoneidad de los aspirantes es irreductible a un baremo preestablecido” (Fundamento de Derecho 3.º).

Con isto xa se dá un paso importante: non se pode afirmar, como o facía a STS do 30 de novembro de 1999, que é un cargo cuberto polo sistema de libre designación por motivos de confianza, senón que é preciso ponderar uns méritos, que, nuns casos, son reconducibles a un baremo, polo seu carácter obxectivo, e noutros, non, xa que do que se trata é de ter presente aptitudes persoais, relativas á función directiva, coordinación de medios humanos e materiais, etc, que non poden ser reconducidas a estritos termos de baremo. Este matiz é sen dúbida interesante e certo, pois é sabido que se pode ser un pozo de sabedoría, isto é, acreditar uns sólidos coñecementos técnicos, ideais

⁵³ O concurso e a libre designación son dúas das formas de provisión dos postos de traballo no ámbito da función pública, e diferéncianse claramente, pois o concurso é o procedemento “normal de provisión de postos de traballo”, e consistirá na “valoración dos méritos e capacidades e, no seu caso, aptitudes dos candidatos por órganos colexiados de carácter técnico” (art. 79.1 da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público); mentres que a libre designación “consiste na apreciación discrecional polo órgano competente da idoneidade dos candidatos en relación cos requisitos esixidos para o desempeño do posto de traballo” (art. 80.1 da citada Lei 7/2007). E unha vez que se obtén o posto de traballo por estes métodos, se no caso do concurso o candidato só poderá ser desprazado do posto nos casos de supresión do posto de traballo mediante modificación da correspondente Relación de Postos de Traballo e de imposición da sanción disciplinaria de suspensión por prazo superior a seis meses, e, xa que logo, cando a sanción é a separación de servizos (arts. 79.3 e 90.1, da Lei 7/2007), en cambio, na libre designación “poderán ser cesados discrecionalmente” (art. 80.4 da Lei 7/2007). Por conseguinte, as diferenzas son claras. No concurso rexe a valoración imparcial e obxectiva dos méritos e aptitudes (art. 79.1, Lei 7/2007). Na libre designación o que prima é a confianza; mesmo a “empatía” co responsable político. Así o sinala, por exemplo, J. A. 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”. Nestes casos a decisión para cubrir o posto é “absolutamente libre”, xustamente, “porque la existencia de una corriente de confianza no puede objetivarse de modo alguno” (cit., p. 672). É obvio que isto non se pode aplicar aos postos e cargos xudiciais que estamos analizando.

para a estrita función xurisdiccional, e, en cambio, carecer de facultades para coordinar medios persoais e materiais⁵⁴. Non ter, pois, aptitudes relativas á xestión práctica dun órgano xurisdiccional, que require outro tipo de facultades que transcenden os estritos coñecementos técnicos. O problema que se suscita é o de saber como verificar de forma seria e obxectiva estoutras aptitudes, pois o que tampouco pode servir este matiz é para apoiar decisións baseadas en criterios políticos ou en preferencias subxectivas e arbitrarias, en fin, no que se coñece coloquialmente como "cambio de cromos". Xa que como esta STS indica, así mesmo, cando o artigo 122.1 CE establece que a "*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*

⁵⁴ Fóra do ámbito da Administración de Xustiza, pódese observar que a determinación legal de conferir a xestión de medios económicos, materiais e persoais é en moitos casos claramente perfectible, porque unha cousa son os coñecementos científicos e técnicos e outra ben distinta é a capacidade directiva e de xestión. Na Universidade, por exemplo, con independencia dos erros que cometeu a Lei orgánica 11/1983, do 25 de agosto, de reforma universitaria, ao establecer unha xestión asemblearia deficiente (diso ocupeime, por exemplo, 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; e en *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 6, 2001, e, no máis recente, "Reflexiones preliminares sobre la organización universitaria establecida por la Ley Orgánica de Universidades", *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2003, pp. 239 e ss, que foron só en parte corrixidos pola Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades), é observable unha certa falta de profesionalidade en determinados cargos ou postos nos que tería que tomarse máis en serio a capacidade de xestión. Moitos deses cargos son cubertos por unha elección, ou, no seu caso, unha designación, todo o democrática que se queira, pero que non aseguran a capacidade da persoa que gaña a elección — ou que obtén o beneficio da designación —, sobre todo cando esta está condicionada por pactos e acordos máis ou menos explícitos entre os membros dos diferentes estamentos. É máis, hai, mesmo, quen dubida da capacidade de xestión do profesor universitario (así, por exemplo, A. M. GARCÍA CUADRADO, "Sobre la función docente y el gobierno de las Universidades", *Actualidad Administrativa*, núm. 48, 1994, p. 605, que chega a afirmar que "*o intelectual é normalmente un mal gobernante*"). Ao noso xuízo, esta afirmación, con carácter xeral, é esaxerada, pois hai exemplos de profesores universitarios que son excelentes xestores; agora ben, destaca un problema que non foi tratado coa seriedade e profundidade que merece, pois a universidade é un servizo público que debe ser xestionado con criterios profesionais, e non por afeccionados con boa vontade que, en moitos casos, ademais, están presos de pactos ou acordos que non axudan a tomar as decisións adecuadas para a correcta xestión de tal servizo. Poderíase dicir que, se unha gran corporación industrial ou unha empresa de certo renome funcionase así, é dicir, sen criterios de xestión profesional, tería asegurado probablemente un fracaso rotundo, coas consecuencias implacables que as leis do mercado impoñen. Pero cando se tira con "*pólvora do Rei*", parece que os criterios son diferentes. E con isto, por suposto, non se quere confundir o que é un servizo público de ensino superior cunha empresa privada. Só se destaca un problema de notoria gravidade.

*Cuerpo y la carrera*⁵⁵. *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 carreira xudicial ten caracteres propios, que derivan do sometemento aos principios de independencia, inamovibilidade e sometemento único ao imperio da lei (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 (...)".*

Xa que logo, dise: a) que o sistema de nomeamento é mixto, pois nin é un concurso nin unha libre designación, b) que hai un réxime baseado no estatuto, o corpo e a carreira, e que iso obriga a establecer as fórmulas necesarias para garantir os principios de igualdade, mérito e capacidade, c) que, no entanto, este estatuto de xuíces e maxistrados é *particular*, debido ao especial sometemento aos principios de independencia, inamovibilidade e sometemento único ao imperio da Lei, o que implica unha regulación estatutaria diferenciada do réxime xeral dos funcionarios públicos (art. 103 CE). Chegados a este punto, o Alto Tribunal destaca a diferenza entre o que é a carreira profesional, cos ascensos e progresións correspondentes, sendo 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"*, do que é o nomeamento ou destino que *"sin suponer cambio de categoría, impliquen*

⁵⁵ O estatuto, o corpo e a carreira son as tres características do sistema de función pública que establece o noso ordenamento xurídico (Cfr. art. 103.3 da Constitución, que di textualmente, *"A lei regulará o estatuto dos funcionarios públicos"*, así como o art. 149.1.18.³ CE, que alude á competencia estatal para regular *"o réxime estatutario"* dos funcionarios), e que significa, en síntese, que a persoa, cando ingresa na función pública, mantén unha relación estatutaria rexida por leis e regulamentos, e non mantén, xa que logo, unha relación contractual (como erroneamente ás veces se di nos medios de comunicación social. O funcionario de carreira, por definición, non é un contratado); ingresa, ademais, nun corpo -e non nun posto de traballo concreto; de aí, como vimos, o sistema de provisión de postos de traballo- e, dentro dese corpo pode facer "carreira", isto é, pode ascender, prosperar ou subir no escalafón. O estatuto, o corpo e a carreira son perfectamente predicables a esa clase específica de funcionarios públicos que son os xuíces e maxistrados, como o recoñece esta mesma STS .A Constitución fornece os datos esenciais destes funcionarios; así, por exemplo, o artigo 117.2 di que os *"Xuíces e Maxistrados non poderán ser separados, suspendidos, trasladados nin xubilados, senón por algunha das causas e coas garantías previstas na lei"* (por lei, non pola vontade dun xefe ou pola resolución dun contrato). Pero é sen dúbida o artigo 122.1, o que refire estes tres elementos con meridiana claridade cando sinala: *"A lei orgánica do poder xudicial determinará a constitución, funcionamento e goberno dos xulgados e tribunais, así como o estatuto xurídico dos xuíces e maxistrados de carreira, que formarán un corpo único, e do persoal ao servizo da Administración de Xustiza"*

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 (...)". Isto último traza unha liña divisoria para este tribunal: parece entender que unha cousa é a carreira xurisdiccional na que a progresión e ascensión de categoría debe basearse en méritos que reflectan a solvencia e a excelencia, e outra distinta é alcanzar destino ou nomeamentos que, sen supoñer cambio de categoría, impliquen ter en conta outras aptitudes, que, segundo di, será o Consello cos seus criterios e a súa experiencia o que as valore sen reconducir a un baremo, aínda que, iso si, deba conectarse cos principios de mérito e capacidade. Na miña opinión, isto supón que na práctica se mantén o "máis do mesmo", pois os criterios non reconducibles a un baremo (enteiramente discrecionais do Consello, xa que logo) derivan nun cambio de cromos bastante evidente. A cuestión pendente é obxectivar e reconducir a parámetros verdadeiramente serios "esoutras aptitudes" que o Supremo deixa no limbo. Separadamente que o criterio exclusivo da categoría (son tres: xuíz, maxistrado e maxistrado do Tribunal Supremo, art. 298 a 300 LOPX) non ten que ser absolutamente determinante para marcar unha liña divisoria da que deriven tantas diferenzas en orde a obxectivar o nomeamento⁵⁶, pois o desempeño doutros cargos —como presidente de Sala, presidente do Tribunal Superior de Xustiza, etc—, ten unha relevancia manifesta para a progresión e as expectativas, incluídas as económicas, dos xuíces e maxistrados. Pénsese que, por exemplo, o presidente dun Tribunal Superior de Xustiza ten a "consideración de maxistrado do Tribunal Supremo mentres

⁵⁶ De *lege ferenda* sería, pois, recomendable unha modificación do artigo 326, LOPX, como propón F. SOSA WAGNER no citado artigo "*Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial*". Di 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 entanto, a STS non inventa un concurso de novo cuño; en realidade, o que está facendo é deixar un campo para a discrecionalidade, invocando as facultades do CGPX para o nomeamento de cargos que non sexan estritamente xurisdicionais. A STS sabe perfectamente o que fai. Por iso o que se impón é un cambio do artigo 326 LOPX en orde a establecer unha limitación máis efectiva desta discrecionalidade, que non ten razón de ser —polo menos coa amplitude que ten—, se do que se trata é de valorar méritos, aínda que estes se refiran a aptitudes ou habilidades que exceden os puros coñecementos técnico-xurídicos.

desempeño o cargo" (art. 72.2, LOPX).

Pero á marxe do dito —e seguindo co noso propósito argumental, que é resaltar a esixencia 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. Entende con toda corrección o Tribunal Supremo que esa marxe de liberdade de que dispón o Consello Xeral do Poder Xudicial, *"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"*. Velaquí a gran novidade, o verdadeiro avance. Fronte ao que sostíña o avogado do Estado e o que dicía a STS de 30 de novembro de 1999, agora declárase que é necesario motivar, e ademais, que é posible un control, derivado desa mesma motivación, xa que aínda que é preciso ter en conta esoutras aptitudes que transcenden os coñecementos e a experiencia técnico-xurídica, esas aptitudes *"deberán ser explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad"*⁵⁸.

Di o Fundamento Xurídico 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 nom-

⁵⁷ Por certo, tamén rexeita a pintoresca argumentación do avogado do Estado, que sinalaba que a provisión destes postos se caracterizaba por un elemento de confianza (Fundamento Xurídico 5.º)

⁵⁸ No entanto, a utilización da expresión "explicable" quédase, ao meu xuízo, curta. Debe ser xustificable, e non só explicable. Todo pode ser explicable, mesmo a decisión máis arbitraria. A xustificación ten un carácter máis serio e sólido, que é do que se trata.

Por outra banda, se esas aptitudes *deben ser explicables e asequibles*, tamén poden ser normalmente *comparables*, o que significa que haberá que establecer algún criterio ou parámetro para elixir o candidato ou candidata máis adecuado para o posto. Porque o que tamén é claro é que non hai unha libre designación.

bramientos de cargos judiciales como el que ahora examinamos, se apuntaba la innecesiedad 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 máis sobre o asunto que se debatía, di o Tribunal Supremo que, en efecto, o Pleno do Consello é un órgano colexiado, *"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 de Calificación⁵⁹ 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 maneira que como nin na proposta elevada ao Pleno pola Comisión de Cualificación nin na acta da sesión plenaria posterior nin en ningún outro documento incorporado ao 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*

⁵⁹ Segundo o artigo 122.1 da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial (LOPX), o Consello Xeral do Poder Xudicial artíclase nos seguintes órganos: presidente, vicepresidente, Pleno, Comisión Permanente, Comisión Disciplinaria, Comisión de Cualificación e Comisión de Igualdade (esta última incorporouna a disposición adicional 3.^a.3 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes).

Conforme ao artigo 134 LOPX esta Comisión de Cualificación estará integrada por cinco membros, elixidos da mesma forma establecida para a Comisión Disciplinaria. E o artigo 135 LOPX di 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".* Pola súa banda, o artigo 136 da referida lei orgánica sinala: *"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"* (Véxase L. TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, pp.76 e 77)

⁶⁰ Di a STS que estamos analizando (Fundamento de Dereito 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"*

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, sendo o informe da Comisión un trámite nuclear no conxunto do sistema e non existindo tampouco elementos suficientes de motivación da 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 privar a esa decisión de un elementos indispensable para alcanzar el fin que le es propio (art. 63.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común)",* e, xa que logo, estimouse o recurso e anulouse o nomeamento nos termos e condicións descritos no Fundamento oitavo da STS citada, isto é, ordenouse a retroacción das actuacións administrativas a fin de que se cumprise o trámite omitido de informe da Comisión de Cualificación para que despois se resolva polo órgano competente sobre a adxudicación da praza "mediante resolución motivada".

O paso que dá esta STS é, xa que logo, trascendental e o mesmo voto particular que formulan algúns maxistrados resáltao (*"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"*). É un paso que vai na dirección adecuada desde o punto de vista constitucional, e, en concreto, de acordo coas esixencias que impoñen os artigos 9.1 e 3, 23, 24, 103, 106 e 122 da Carta Magna española. Sen dúbida é un avance, pero como a mesma STS se encarga de subliñar invocando a STS do 3 de marzo de 2005, aínda non se chegou a unha "conclusión firme e consolidada". E debe advertirse que non ten demasiado sentido outorgar unha discrecionalidade tan excesiva para o nomeamento de determinados cargos ou postos (presidentes de Sala, presidentes de Tribunais Superiores de Xustiza, etc) sobre a premisa técnica que manexa esta STS, e outras sentenzas posteriores⁶¹, de distinguir os supostos que comportan cambio de categoría dos

⁶¹ A STS de 5 de febreiro de 2010, ditada nun recurso interposto contra un acordo do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial polo que se nomeaba presidente da Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, argúe que é preciso diferenciar os nomeamentos para cargos directivos dentro do sistema xudicial e os que impliquen o acceso ao Tribunal Supremo, de maneira que nos nomeamentos para presidentes das Audiencias Provinciais (que non supoñen cambio de categoría dentro da carreira) haberá que ter en conta, ademais, da solvencia e excelencia no exercicio da función xurisdiccional *"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*

que só impliquen a adxudicación de prazas ou cargos que non levan tal cambio. Infravalóranse os efectos que para a carreira de xuíces e maxistrados poden ter estes nomeamentos, da súa relevancia social, da súa proxección na carreira e dos seus efectos económicos. Ademais, aínda que é verdade que non é o mesmo

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 dixo, valóranse aquí aspectos como a capacidade para a dirección, coordinación e xestión de medios materiais e humanos, para o que se requiren aptitudes ou habilidades persoais que transcenden dos puros coñecementos técnicos e cuxa valoración —di o Supremo— “non pode reflectirse nun baremo”, por máis que se trate en todo caso de aptitudes sempre referidas á idoneidade para o mellor desempeño do posto e non a aspectos estraños e alleos ao mesmo como puidese ser a empatía persoal ou a afinidade política. Por iso 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 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 moi razoable, pois a experiencia demostra que se poden ter moitos coñecementos técnico-xurídicos e escasa capacidade para a xestión. E, pola contra, moita capacidade para a xestión e escasos coñecementos técnicos. Agora ben, con iso ábrese unha fenda para que de novo a discrecionalidade aflore con forza, e haberá que verificar obxectivamente cales son os criterios que demostran efectivamente esa capacidade que, máis alá dos coñecementos técnico-xurídicos, asegure que o candidato ou a candidata ten esoutras aptitudes das que fala o Tribunal Supremo. Poida que exista unha maior marxe, pero terán que facerse explícitos con seriedade eses criterios. Pola contra é unha volta ao mesmo: a discrecionalidade máis aberta que deixa en mans do que se adoita chamar nos medios de comunicación social como “cambio de cromos” a decisión de algo tan relevante para o funcionamento xurisdiccional. Insístese, a diferenza parece razoable e necesaria; agora ben, non basta con dicir que se debe “valorar en termos de coherencia coas nocións de mérito e capacidade”, senón dar un paso máis e especificar (aínda que esta xa non é tarefa, como é obvio, do Alto Tribunal) que criterios e datos permiten determinar esoutra capacidade —a de xestión—, de xeito obxectivo e serio, e, unha vez que se concreten, que o Consello proceda á elección de quen teña esas aptitudes. O asunto, pois, na nosa opinión, non está totalmente resolto, mesmo despois do Regulamento 1/2010, aprobado por acordo do 25 de febreiro de 2010, do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial (“BOE”, núm. 56, do 5 de marzo de 2010), que regula a provisión de prazas de nomeamento discrecional nos órganos xudiciais, pois os méritos que especifican (participación en órganos de goberno, programa de actuación para o desempeño da praza solicitada, etc, etc, art. 7 e ss.) son aínda imprecisos. O máis lóxico e concreto é o do tempo en servizo activo.

acreditar méritos relativos á experiencia e a formación técnico-xurídica que esgrimir aptitudes, habilidades ou competencias que non se poden encadrar nun baremo que determine criterios e valoración de méritos estritamente técnicos, non é menos certo que estas habilidades ou aptitudes deben reconducirse —e así o afirma con toda razón o Supremo— a parámetros de mérito e capacidade. Cómpre dar un paso máis e aquilatar, esmiuzar e facer posible a determinación de cales son esas concretas habilidades, como se demostran ou proban, e en que medida son determinantes para a adxudicación das prazas ou destinos. O que non se pode facer é deixar unha porta aberta para o impresentable “cambio de cromos”, que é o máis afastado da acreditación de méritos e capacidades, sexan esta da clase que sexan. Se se está de acordo en que o nomeamento non se pode apoiar na confianza, e que debe reconducirse ao mérito e á capacidade, é obvio que debe desenvolverse moito máis en que consisten esas habilidades ou aptitudes. Pola contra, como xa se anticipou, estamos ante “máis do mesmo”, e o avance é máis aparente que real.

5. CARA A UNHA MOTIVACIÓN MATERIAL DOS ACORDOS DO CGPX: AS SENTENZAS DO TRIBUNAL SUPREMO DO 27 NOVEMBRO DE 2007 E DO 23 DE NOVEMBRO DE 2009

Se a STS do 29 de maio de 2006 merece o eloxio nos termos xa vistos, pois supón superar unha concepción xurisprudencial que non se axustaba aos valores, principios e preceptos constitucionais (en concreto, ao art. 24.1 CE), pois de feito cerceaba toda posibilidade real de impugnación xurisdiccional, ao considerar a motivación innecesaria por existir motivos de confianza, a STS do 27 de novembro de 2007⁶², e, seguindo o seu ronsel, a do 23 de novembro de 2009, constitúen fitos que deben destacarse como merecen. A STS de 27 de novembro de 2007 é un verdadeiro *leading case*⁶³, que repercutirá nas esixencias de motivación dos xuízos técnicos, e, en particular, na motivación que debe realizar o

⁶² Tamén é necesario citar a STS do 12 de xuño de 2008, que segue a mesma liña.

⁶³ Así o considera, por exemplo, 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, e 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)

Consello Xeral do Poder Xudicial ao ditar os seus acordos. É unha sentenza ditada polo Pleno da Sala —e que ten nada menos que cinco votos particulares de notable extensión e altura discursiva⁶⁴—, e supón a superación total da doutrina plasmada na xa citada STS do 30 de novembro de 1999. Ditouse nun asunto relativo a nomeamentos como maxistrados do Tribunal Supremo (Sala do Social), e estima o recurso contencioso-administrativo interposto contra os reais decretos do 27 de outubro de 2006, polos que foron promovidos á categoría de maxistrados do Tribunal Supremo, anulando, xa que logo, ambas resolucións. Acóllese á anterior STS do 29 de maio de 2006, que, como advertimos, xa esixía unha motivación suficiente para os acordos de adxudicación de prazas que supoñan un cambio de categoría, e recalcaba que nos nomeamentos de maxistrados do Tribunal Supremo debían de ter prioridade a solvencia e excelencia técnica⁶⁵. Así, destaca que as ideas básicas no tema da 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 a liberdade coa que conta o CGPX, pero tamén 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*", e isto supón que este sistema de carreira⁶⁶ se vincula ao artigo 23.2 CE. Tras sinalar que debe considerarse superada a tese invocada polo mesmo Tribunal Supremo nas referidas SSTs do 3 de febreiro de 1997 e do 30 de novembro de 1999, subliña que o requisito da motivación hai que aplicalo de acordo coa STS do 29 de maio de 2006, e por iso, no caso específico que se dilucida, argúe que do estudo do expediente administrativo se deduce que os datos que se esgrimen non permiten

⁶⁴ Pero que, de ningún xeito, logran desvirtuar a notable calidade técnica, e o evidente esforzo de aqulitamento xurídico que fai esta STS (neste sentido, véxase F. SOSA WAGNER, "Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial", *El Mundo*, do 17 de decembro 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 la mayoría*")

⁶⁵ Hai que advertir, no entanto, que a STS do 29 de maio de 2006 se refería a un cargo con funcións de goberno xudicial, o de presidente de Sala da Audiencia Nacional, mentres que a STS do 27 de novembro de 2007 se refire a nomeamentos de maxistrados do Tribunal Supremo, e de prazas das quendas correspondentes á carreira xudicial, e non á denominada "quinta quenda", como se encarga de subliñar o Fundamento 7.^º da sentenza do 27 de novembro de 2007, o que define "*acusadas diferencias*".

⁶⁶ Recórdese que de estatuto, corpo e carreira falaba a anterior STS do 29 de maio de 2006.

comprobar que esas dúas designacións sexan debidamente xustificadas. Di:

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

De otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de “elevado carácter técnico de las resoluciones”, “amplia cultura jurídica”, “acreditada trayectoria 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 o fino que fía o Tribunal Supremo, con toda razón, ademais, pois en moitas ocasións sobre a base de xuízos de valor xenéricos, imprecisos ou altisonantes, que máis tratan de encandear ou impresionar que de xustificar e probar, trátase de despachar a motivación, sen dicir, en realidade, nada concreto; por iso conclúe: *“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 cuento 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 (...)”.* Isto supón, de xeito sinxelo, que o Tribunal Supremo non acepta unha simple motivación formal, unha motivación que, en realidade, non xustifica nada, e que só se fai para cubrir o expediente, sen achegar datos verdadeiramente relevantes que exterioricen de verdade a razón do nomeamento. Esa motivación formal, ademais, desactiva de forma evidente o futuro recurso que se poida interpoñer, pois é moi difícil, por non dicir imposible, desbaratar uns xuízos xenéricos e abstractos, que, neste caso, son facilmente cribles pola posición que xa teñen os aspirantes. Sen unha conexión concreta e específica cos datos e elementos existentes no expediente, esa motivación é máis aparente que real, e así o considera con toda corrección lóxica e xurídica o Alto Tribunal nesta sentenza.

Despois pasa o Tribunal Supremo a apuntar os límites que ten a liberdade do CGPX: a) que o acto de nomeamento non sexa un simple voluntarismo e que cumpra co imperativo constitucional de interdicción da arbitrariedade (art. 9.3 CE); b) que se respecte, con relación a outros aspirantes, o dereito fundamental de todos eles a acceder en condicións de igualdade a funcións e

cargos públicos (art. 23.2, CE); e c) que o criterio material que finalmente decide o nomeamento se axuste ás pautas que encarnan os principios de mérito e capacidade para o ascenso e promoción profesional dos xuíces e maxistrados dentro da carreira xudicial. E dito isto, pasa á seguinte secuencia: a de sinalar en que se traducen eses límites: o CGPX debe identificar *"claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento"*; e, en especial, para as prazas de maxistrado do Tribunal Supremo reservadas ás quendas da carreira xudicial, *"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"*. Argúe que, desde o punto de vista formal, a *"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"*. E isto — di o Alto Tribunal— é o que debe facer o informe da Comisión de Cualificación (Fundamento de Dereito 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"*.

Dito isto, a STS que analizamos impónse a si mesma unha cautela, pois subliña que o Consello Xeral do Poder Xudicial ten a función de gobernar o poder xudicial (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 (...).

E iso, porque como afirma o Tribunal Supremo, repetindo o sinalado na STS do 29 de maio de 2006, non se trata de nomeamentos 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"*. A tradución práctica diso 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 razóns a STS estima o recurso contencioso-administrativo, anula as dúas resolucións impugnadas, aínda que é verdade que esa anulación é de natureza formal ou procedemental, o 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 doutras consideracións que se poden facer, como a de saber por que non se opta xa resoltamente por un concurso de méritos, ou a observancia de certo temor ao activismo xudicial (o Fundamento de Dereito 10.º, e a insistencia en que non é un concurso de méritos son elocuentes), *o relevante é o avance na esixencia de motivar con seriedade os nomeamentos, carga que recae sobre todo no informe da Comisión de Cualificación.*

Uns anos máis tarde, a STS do 23 de novembro de 2009, reitera a mesma doutrina, pero dá un paso máis, e é o de que no relativo ao labor xurisdiccional, argumentar que as sentenzas *"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 (...)"; e, como o nomeamento da maxistrada do Tribunal Supremo non tiña a motivación necesaria, o Alto Tribunal (iso si, do mesmo xeito que a STS do 27 de novembro de 2007, con varios votos particulares, con parecidos argumentos que os que nesa STS do 2007 xa se formularan), declarou a nulidade de tal nomeamento, e ordenouse repñoer o procedemento no momento anterior á emisión pola Comisión de Cualificación do Consello Xeral do Poder Xudicial do informe previsto no artigo 74 do Regulamento de organización e funcionamento a fin de que se emita outro novo de conformidade co que se sinalou, e, despois, resolva o Pleno do Consello. Xa que logo, esta STS obriga tamén a unha motivación material, e non simplemente formal, unha motivación que, certamente, esixe un maior esforzo por parte da Administración, pero que, pola contra, facilita moito máis o control, e, polo tanto, garante máis adecuadamente os dereitos e intereses dos interesados no procedemento. Sería desexable que este nivel de concreción, e de rigor, o aplicase tamén o Tribunal Supremo a outros ámbitos ou sectores; sen ir máis lonxe no relativo á discrecionalidade técnica de concursos de méritos e oposicións⁶⁷, ou no recoñecemento de sexenios pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora, como xa argumentamos, outro campo aínda pouco traballado polos criterios constitucionais de mérito, capacidade, igualdade e publicidade

⁶⁷ A citada STS do 14 de abril de 2009, nun caso relativo ao proceso selectivo para o ingreso na carreira xudicial pola categoría de maxistrado, entre xuristas de recoñecido prestixio con máis de 10 anos de exercicio profesional, abordou o tratamento da "entrevista", pois, a xuízo da recorrente, o tribunal cualificador non apuntou nas súas actas as contestacións da aspirante ás cuestións que lle foron suscitadas no acto da entrevista, como tampouco incluíu os concretos criterios ou razóns que foron seguidos para chegar a esa cualificación negativa da súa aptitude. A STS que glosamos non comparte esta forma de actuar, e di: "(...) 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"

6. OS EFECTOS DESTA XURISPRUDENCIA NO REGULAMENTO 1/2010 DO CGPX, SOBRE PROVISIÓN DE PRAZAS DE NOMEAMENTO DISCRECIONAL. EN PARTICULAR, NA MOTIVACIÓN

É evidente que unhas SSTs de tanta relevancia han ter que afectar ás propias normas reguladoras do sector no que incidiron, é dicir, no ámbito xudicial. Por iso é destacable a aprobación, por acordo do 25 de febreiro de 2010 do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, do Regulamento 1/2010, que regula a provisión de prazas de nomeamento discrecional nos órganos xudiciais, que xa desde o seu comezo asume a influencia destas SSTs. Este regulamento apróbase en exercicio da potestade regulamentaria do Consello, de acordo co artigo 107.9 da LOPX, e sen dúbida reflicte a doutrina, ideas e criterios que se expresan nas aludidas resolucións do Tribunal Supremo. Así, xunto ao recoñecemento de aspectos novos esixidos pola aprobación da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, no sentido de consagrar o principio de presenza equilibrada de mulleres e homes nos nomeamentos e designacións de cargos de responsabilidade (art. 3.1 do regulamento), establécese a distinción entre *prazas xurisdiccionais* —que son as de maxistrados do Tribunal Supremo e das salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza propostos polas asembleas lexislativas das comunidades autónomas—, *prazas gobernativas* —que é a presidencia da Audiencia Nacional—, e *prazas xurisdiccionais e gobernativas* —que son as presidencias de Sala do Tribunal Supremo, de Sala da Audiencia Nacional, do Tribunal Superior de Xustiza e as súas salas, e de Audiencia Provincial— (art. 2.2)⁶⁸, e resáltase, como non podía ser doutro xeito, a esixencia de motivación. Dise así que a terceira parte do regulamento " *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*", e, nesta dirección incorpórase unha novidade en relación coas prazas de maxistrados do Tribunal Supremo reservadas á carreira xudicial, que é a facultade de interesar informe sobre a suficiencia do cumprimento dos requisitos de claridade, precisión e congruencia das resolucións ditadas polos peticionarios, á sala ou salas correspondentes do indicado tribunal que resolvesen en última instancia os recursos fronte ás mesmas. E así o artigo 5 do mencionado regulamento, entre os méritos para a provisión de prazas reservadas aos membros da carreira xudicial, prevé o das "*resoluciones*

⁶⁸ Di o artigo 12. 4 deste regulamento que nas convocatorias "*distinguirán según se trate de nombramientos de carácter estrictamente jurisdiccional, gubernativo, o jurisdiccional y gubernativo*"

jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional", para o que o artigo 14 establece que se deben acreditar documentalmente por medio dunha " memoria comprensiva de los datos identificativos de las resoluciones y un resumen de su contenido literal, en especial, de los fundamentos jurídicos que se consideren relevantes".

Polo demais, insísteuse en que os acordos en materia de nomeamentos serán *"suficientemente motivados"* (art. 3.3), e que o Pleno que decida as propostas de nomeamento deixará *"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 (...)".* Pois xa se advertiu a transcendencia que ten o informe da citada comisión, de acordo coa xurisprudencia xa examinada, e a necesidade de que se xustifique a razón pola cal se prefire a un aspirante sobre outro, de acordo cos principios de mérito e capacidade. É máis, o artigo 20 do citado regulamento destaca, para o procedemento para a cobertura das vacantes das salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza a proposta das asembleas lexislativas das comunidades autónomas, que para os efectos de motivación da proposta de nomeamento, *"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, hai unha asunción moi elocuente da doutrina do Tribunal Supremo sobre a necesidade de motivar de forma adecuada e suficiente os nomeamentos discrecionais, que debe ser tida moi en conta para motivar outros actos e acordos desta clase. A motivación convértese así en proba dunha Administración democrática e axustada á Constitución, que dá conta e razón das súas decisións, con independencia de que sexan ou non votadas, pois o voto —e xa se sabe como se consegue en múltiples ocasións⁷⁰—, non pode servir de

⁶⁹ A motivación destes nomeamentos ten especial interese, pois non se esqueza como se presentan estas ternas polas asembleas lexislativas das comunidades autónomas, en moitas das cales figuran políticos ou antigos políticos, ou persoas que se atopan nos arredores dos partidos ou coalicións, co perigo certo que isto pode ter no funcionamento da xustiza, e, en concreto, da Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza. Motivar de forma suficiente estes nomeamentos é de vital importancia para asegurar a calidade e a credibilidade do sistema (Véxase 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 e J. A. GARCÍA ROJAS, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, p.148, nota 38, onde se incide sobre este perigo).

⁷⁰ Véxase o libro de A. NIETO GARCÍA, *El desgobierno judicial*, cit., pp.158 e 159

patente de curso para dar cobertura a verdadeiras arbitrariedades. O artigo 9. 3 da Constitución así o esixe (cfr., STS do 14 de abril de 2009).

7. UN PROGRESO CONSIDERABLE NA MOTIVACIÓN DOS ACTOS E ACORDOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONAIS: A SÚA NECESARIA REPERCUSIÓN NOUTROS ÁMBITOS ADMINISTRATIVOS

As SSTS do 29 de maio de 2006, 27 de novembro de 2007 e 23 de novembro de 2009⁷¹ demostran o abandono da vella doutrina⁷² que aseguraba ao

⁷¹ E outras que seguen a mesma liña, como as xa citadas SSTS do 27 de novembro de 2006, e 12 de xuño de 2008.

Máis recentemente, por exemplo, debe destacarse que a STS do 12 de xullo de 2010, nun caso relativo á compatibilidade dun posto de maxistrado do Gabinete Técnico do Tribunal Supremo cun posto como profesor asociado de universidade, impuxo ao CGPX unha motivación máis detallada, pois a *“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”*; xa que a denegación da compatibilidade para preservar o cumprimento polos membros da carreira xudicial das súas funcións *“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”. E a STS do 2 de novembro de 2010, nun caso que se refería a un proceso selectivo no cal había unha falta de motivación de determinados méritos alegados, estimouse parcialmente o recurso e impúxose a retroacción das actuacións para que se produza unha nova valoración pola Administración dos méritos alegados. Esixe tamén esta STS unha motivación material, e non simplemente 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: imponse a valoración individual e a explicación dos motivos polos que se estiman ou rexeitan. Así conclúe a aludida STS: *“es evidente que los actos administrativos en su día recurridos incurrían 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”*. É evidente o avance da doutrina do TS nestas sentenzas, posto que xa non se recorre ao manido refuxio da discrecionalidade técnica ou se salva a actuación administrativa dando por boas afirmacións xenéricas e indeterminadas que, como se viu, nada proban, e que, de feito, desactivan en gran medida un futuro recurso xurisdiccional, xa que o recorrente non pode articular ben os seus argumentos, por non ter datos e feitos concretos e ben definidos.

⁷² De feito xa se reflicte no Regulamento 1/2010, aprobado por acordo do 25 de febreiro de 2010 do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, que regula a provisión de prazas de nomeamento discrecional

Consello Xeral do Poder Xudicial unha potestade para facer nomeamentos sen necesidade dunha motivación material. Respecto delas CHAVES GARCÍA sostén que estamos diante dun " *hito en el control de la discrecionalidad técnica que será el leading case a partir del cual derivará una mayor exigencia en cascada (...) en materia de motivación de los juicios discrecionales* " ⁷³ . E desde logo constitúe un paso enorme en orde ao control da discrecionalidade, aínda que como este mesmo autor destaca ⁷⁴ , aínda se aprecian no seo do Tribunal Supremo —e iso explica a extensión e o nivel discursivo dos votos particulares—, dúas concepcións do control de discrecionalidade e da mesma motivación de actos e acordos discrecionais. Unha substancial, que é a dos textos das SSTs referidas, sen dúbida correcta e progresiva desde o punto de vista constitucional; e outra formal, que conecta cunha xurisdición pasiva, que deixa facer e outorga unha preferencia á decisión da Administración pública, baseada en dogmas e tópicos que necesariamente deben revisarse, e, nalgún caso, simplemente superarse (xurisdición revisora, discrecionalidade técnica e soberanía do tribunal ou comisión que fai a valoración, imposibilidade de substituír a decisión administrativa para non incorrer nun activismo xudicial etc, etc.). Esta segunda concepción é rexeitable de raíz, pois reflicte un entendemento incorrecto do labor que debe desempeñar o Poder Xudicial nun Estado de Dereito, que debe controlar, con todos os instrumentos e técnicas que ofrece o avance do Dereito, a actividade das administracións públicas, ou, máis amplamente, dos poderes públicos. E esas técnicas son depuradas e desenvolvidas magnificamente polas sentenzas referidas. Non hai nelas ningún exceso nin desviación ⁷⁵ . Non se aprecia ningún "activismo", senón aplicación estrita e rigorosa do que é un Estado de Dereito no cal se fiscaliza seriamente a actividade da Administración tendo como punto de referencia os dereitos fundamentais e as liberdades públicas, e *non un abstracto interese público, que, en ocasións, é só un concepto que encobre un interese da Administración ou dos seus axentes conxunturais*, que, como é obvio, é algo totalmente distinto ao interese público que proclama o Ordenamento xurídico ⁷⁶ .

nos órganos xudiciais.

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 xa se apuntou, a lectura do Fundamento de Dereito 10^o da STS do 27 de novembro de 2007 é moi clara neste punto. De ningún xeito hai un activismo xudicial, nin se pretende, xa que logo, substituír a decisión do Consello Xeral do Poder Xudicial

⁷⁶ Non se trata de vencer cos votos senón de convencer coa motivación, como subliña J. R. CHAVES GARCÍA. Trátase, di este autor analizando a STS do 27 de novembro de 2007 "*del deber de la Administración de robustecer el porqué de su propuesta, incorporando una motivación racional*

As SSTS que examinados supoñen, pois, un avance verdadeiramente eloxiable e unha correcta guía para o desenvolvemento das virtualidades que aniñan no artigo 54, f) da Lei 30/1992, e, por conseguinte, é necesario que os órganos xurisdiccionais utilicen os argumentos e criterios que manexan para impoñer unha motivación material dos actos e acordos ditados en exercicio das potestades discrecionais da Administración pública. Non pode sosterse máis que con sucintas referencias sen apoio no expediente, con cifras que non reflicten nada ou con xuízos de valor xenéricos, que valen para todo (neste sentido, como xa se viu, SSTS do 12 de xullo de 2010 e 2 de novembro de 2010)⁷⁷, pero que non explican nin xustifican nada, se entenda debidamente motivado un acto discrecional. A conexión co expediente, a coherencia da xustificación e a suficiencia desta en termos xurídicos e lóxicos é imprescindible para dar por válidas decisións discrecionais que ata agora sinxelamente non se motivaban. Como dixemos, a motivación debe ser precisa, suficiente e coherente. *Toda motivación que no observe estes 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.* A motivación, xa que logo, ten que ocupar un papel básico para certificar a validez do acto ou acordo administrativo.

(lógica), razonable (socialmente asumible), razonada (expresada formalmente en la voluntad del órgano colegiado) singularizada y proporcional (adecuada al caso concreto)” (Cit., pp. 255 e 256)

⁷⁷ Cfr., así mesmo, a referida STS do 14 de abril de 2009, que impón uns requisitos detallados á existencia de motivación das entrevistas que se fan nos procesos selectivos para o ingreso na carreira xudicial á categoría de maxistrado. Como xa se viu, impídese que poida ser cumprido este requisito con simples xuízos de valor abstractos, ou “*simples cualificacións xenéricas*”.