



¿A quién afecta el descrédito, sobre todo?

Who is affected by the discredit, above all?

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA
UPV/EHU
juan.igartua@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.06>

LABURPENA: Auzitegi Gorenaren 3. Salak BJKNk izendapen diskrezionalen ganean egindako kontrolak kritika ugari eragin ditu XXI. mende honetako bi hamarkadetan, kaltetuen eta doktrina-sektore batzuen partetik. Baina, azkenaldian, aipatutako Salako magistratuen artean ere gertatzen dira desadostasunak. Ikuspuntu horretatik, pentsa liteke hemen aipatutako epaia enegarren desadostasuna dela, horrelako ebazpen bat ebazten duten magistratuen (oraingoa Seigarren Sekziokoak) arteko beste bat. Baina bada zerbait garrantzitsuagoa eta larriagoa. Larriena ez da ebazpena gehiengo estuz eman izana (3-2), baizik eta zer argudio erabili duen gehiengo txiki horrek ebazpena justifikatzeko; izan ere, inoiz ez dira hain baxu erori.

HITZ GAKOAK: Diskrezionalitatea eta hautaketa-irizpideak. Merezimenduak baloratzea eta balorazioak justifikatzea. Baterako balorazio arrazoitua. Balorazio selektiboa eta tratu-berdintasuna. Konparaziozko judizioa konparazioarekin eta justifikazioarekin. Erabaki arrazoitu baten elementuak.

ABSTRACT: The review of discretionary appointments made by the General Council of the Judiciary operated by the Third Chamber of the Supreme Court has been generating for the last decades of this XXI Century hefty criticism from those directly concerned and from certain doctrinal sectors. But, in recent times, disagreements among the same judges of the aforementioned Chamber are occurring rather often. From that point of view, one might think that the judgment here discussed just shows an umpteenth disagreement among the judges (this time of the sixth section) who solved an appeal of this kind. But there is something else more important and particularly serious. And it is not the tight decision three to two of the ruling but the unusual argumentation (it had never before sank any lower) used by the narrow majority in order to justify it.

KEYWORDS: Discretionality and selection criteria. Assess merits and justify assessments. Joint reasoned assessment. Selective assessment and equal treatment. Comparative judgement with comparison and justification. Elements for a reasoned decision.

RESUMEN: El control de la Sala 3.^a del TS sobre los nombramientos discrecionales efectuados por el CGPJ viene suscitando, en las dos décadas de este siglo XXI, cuantiosas críticas provenientes de los afectados y de ciertos sectores doctrinales. Pero, en los últimos tiempos, los desacuerdos menudean entre los propios magistrados de la Sala mencionada. Desde ese punto de vista, se podría pensar que la sentencia aquí comentada sólo mostraría un enésimo desencuentro entre los magistrados (esta vez, de la Sección Sexta) que resuelven un recurso de esa naturaleza. Pero hay algo más importante y de particular gravedad. No es el apretado 3 a 2 de la resolución sino la insólita argumentación (nunca había caído tan bajo) con la que tan exigua mayoría ha pretendido justificarla.

PALABRAS CLAVE: Discrecionalidad y criterios de selección. Valorar méritos y justificar valoraciones. Valoración conjunta razonada. Valoración selectiva e igualdad de trato. Juicio comparativo con comparación y justificación. Elementos de una decisión motivada.

Trabajo recibido el 8 de septiembre de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de septiembre de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. El acuerdo del CGPJ.—III. El fundamento de la controversia.—IV. Puntualizaciones sobre los elementos a valorar.—V. El valor de la «antigüedad» en discusión.—VI. Valorar los méritos y justificar las valoraciones.—VII. ¿A quién corresponde valorar los méritos?—VIII. Una valoración «conjunta» y/o «selectiva».—IX. La indispensable valoración «comparativa».—X. Una motivación fallida.—XI. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

1. Una sonada resolución de la Sala 3.^a (STS 737/2020) ha vuelto a remover las ya de por sí agitadas aguas de los nombramientos discrecionales a cargo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) (1).

Estaba en liza, esta vez, la cobertura de una vacante de Magistrado en la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo, para la que había sido propuesto (y nombrado después) el candidato don Dimitry, con el respaldo de 9 votos (sobre un total de 21) en el correspondiente Pleno del CGPJ.

Impugnado el Real Decreto de nombramiento (y también el previo e indispensable acuerdo del Pleno) por uno de los solicitantes preteridos, don Jesús M.^a, el examen del recurso recayó en la Sección Sexta de la Sala 3.^a (compuesta por cinco Magistrados, los señores: Díez-Picazo —Presidente de la Sala 3.^a—, Rodríguez-Zapata, Menéndez, Maurandi y Espín). La ponencia, asignada inicialmente al señor Maurandi, fue asumida al final por el señor Rodríguez-Zapata por disconformidad del primero con el sentido del fallo (circunstancia que, contra lo acostumbrado, no provocó sin embargo la esperada avocación al Pleno de la Sala). La sentencia resultante se saldó con la desestimación del recurso por un apretado 3 a 2 (con un voto particular formulado por el señor Maurandi al cual se adhirió el señor Menéndez).

2. Precisamente, en el aludido voto particular (VP) —creo que comparable de punta a cabo— hay sin embargo una consideración que pide ser complementada; ésta que dice: «La actuación que sobre nombramientos judiciales discrecionales ha seguido el Consejo General del Poder Judicial es una de las cuestiones que más polémica social ha suscitado en torno a dicho órgano constitucional, y es uno de los principales factores de la deslegitimación que ante la opinión pública ha presentado nuestro sistema judicial»; y así «lo evidencia alguno de los informes que fueron emitidos a principios de la actual década por el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)» (pág. 26).

(1) De «Cisma en la (Sala de lo) Contencioso Administrativo» hablaba al respecto el «amarillista» *Confilegal* el 24 de febrero de este año 2020.

En este *monitum*, no obstante, se pasa por alto la incidencia de un factor —nada casual ni ocasional— que explica el descrédito que, sobre este particular, aflige al CGPJ; cual es: el complaciente *laissez-faire* de la propia Sala 3.^a que se manifiesta en una larguísima ristra de resoluciones que, penosamente argumentadas la mayoría, han terminado convalidando (a la primera, a la segunda, incluso a la tercera) acuerdos del CGPJ indefendibles *prima facie* (y *secunda facie* también). Cárguese pues en el *debe* de la Sala 3.^a la parte de responsabilidad que le toca en tan lastimosa imagen de nuestro Consejo.

Y lo más importante: sin olvidar que es la suya propia —la imagen de la Sala— la directamente afectada por el desdoro; el cual no se produce por *pasiva* (como mero reflejo de una censurable actuación del órgano *controlado*) sino fundamentalmente por *activa* (en cuanto consecuencia intrínseca de un calamitoso *control* a cargo de la Sala misma).

Por ello, del discurso entero del VP me interesa ahora enfatizar su reproche no al CGPJ sino a la sentencia mayoritaria por cuanto ésta —según parece— «efectúa un análisis muy incompleto, como también tributario en exceso de planteamientos de puro nominalismo legalista» (p.23)(2). Censura de hondo calado; puesto que, lejos de detenerse en detalles de apreciación doctrinal opinable, implica una descalificación global no sólo de la sentencia (por muy incompleta), también de la desnutrida cultura jurídico-procesal (nominalista-legalista) que ésta deja traslucir (y que es, en definitiva, la de la mayoría de ese concreto Tribunal). Tal indigencia cultural, cuyo señalamiento se deja caer de pasada en el VP, se torna crónica si pasa inadvertida para quien la padece —como suele(3)— y por eso pesa más que los conscientes pero coyunturales «cabildeos» (4) que hoy (quizás mañana no) corrompen —según el GRECO— significativos nombramientos del Consejo.

Por tanto, no voy a centrarme en el acuerdo del Consejo, o sea en analizar si éste *hizo* algo que estuvo *mal* (hecho), sino en discutir la sentencia de la Sala donde ésta *dijo* que estaba *bien* (justificado) el controvertido acuerdo del Consejo.

(2) O también: «La sentencia mayoritaria se sitúa en un abstracto y formal legalismo que es contrario al esquema axiológico y conceptual que el constituyente asumió en materia jurídica» (pág. 25). Reprobación sustancialmente coincidente, y no por casualidad, con la expresada por un magistrado emérito de la Sala 2.^a quien descalifica la sentencia por «su hiperformalismo vacío y su extremada pobreza argumental, (que) se agota en un voluntarioso ejercicio de justificación» (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos: ¿discrecionalidad o *libertinaje*?», ahora en la sección «Apuntes» de la revista *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2020, núm. 98; pág. 147).

(3) Y así lo ha puesto oportunamente de relieve EZQUIAGA GANUZAS, F.J., «Del formalismo a la argumentación: la formación judicial en el Estado constitucional», en *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Sobre las buenas prácticas para la impartición de la justicia*, Instituto de Justicia Federal, México, 2018.

(4) En expresión de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos...», pág. 147.

Para ello, y en contra de una avariciosa práctica prevalente (pues, curiosamente, en las sentencias de la Sala 3.^a no se estila transcribir en su totalidad y al pie de la letra el texto del acuerdo devenido en objeto del contencioso), comenzaré justamente por ahí.

II. El acuerdo del CGPJ

Se comprobará al final —eso espero— que no ha sido dispendioso copiar *in extenso* la kilométrica redacción del acuerdo que el Pleno del CGPJ adoptara en su sesión de 24 de julio de 2018; si no es más, porque permite visualizar cuál es la *estructura* de la motivación con que el Consejo suele acompañar esa clase de nombramientos (es decir: primero, se reconoce la excelencia de todos los candidatos propuestos, sin ningún tipo de distinción ni de justificación; luego, se enumeran los méritos y capacidades del candidato elegido, exclusivamente los suyos; para finalmente concluir que éste, de conformidad con una valoración conjunta —sólo mencionada pero no descrita— de los méritos y capacidad referidos, resulta tener méritos que en ningún otro candidato concurren conjuntamente). ¡Asombroso!

Pues, precisamente, para que la certeza desplace a la incredulidad de quien esto lea, ahí adjunto la muestra(5) (tal cual aparece escrita en el Acta de los Acuerdos adoptados por el CGPJ en aquel Pleno).

«Examinada y debatida la propuesta de la Comisión Permanente (1.1.1. de la sesión de 17 de julio de 2018), para la provisión de una plaza de magistrado/a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo correspondiente al turno de especialistas, previsto en los artículos 343 y 344 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vacante por jubilación de Manuel Vicente Garzón Herrero, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial acuerda promover a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo a Dmitry Teodoro Berberoff Ayuda, magistrado, especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, destinado en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y actualmente en la situación administrativa de servicios especiales como director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

(5) Que, como ya he dicho, no es *rara avis*. Algún otro ejemplo, del que se calca el de ahora, puede verse en el comentario que, publicado en esta misma revista, titulé «La motivación en los nombramientos para magistrados por el 5.º turno», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2019, núm. 113.

El presente nombramiento se fundamenta en los méritos y en la capacidad del candidato nombrado. Sin dejar de reconocer la valía profesional y la excelencia de los restantes candidatos de la propuesta, la trayectoria profesional de Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda acredita sobradamente su aptitud e idoneidad para ser promovido a la máxima categoría de magistrado del Tribunal Supremo.

El candidato designado ingresó en la Carrera Judicial en el año 1996, y tras servir en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Villena (Alicante) y número 3 de Xátiva (Valencia), superó en 1999 las pruebas de magistrado especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pasando a formar parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hasta la actualidad.

En el año 2007 fue nombrado Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo), adscrito al Abogado General español, función que desempeñó hasta 2010.

Tras regresar a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el año 2014 fue nombrado Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, responsabilidad que asume actualmente.

En la designación del candidato nombrado, el Pleno ha valorado, de manera muy especial, el alto grado de conocimiento y experiencia en las materias propias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, adquiridos a lo largo de su trayectoria profesional mediante el ejercicio de la jurisdicción.

Así lo revela la alta calidad técnica de algunas conocidas resoluciones de las que ha sido ponente, en los ámbitos tributario (como la cuestión prejudicial relativa al denominado «céntimo sanitario», que ha permitido que miles de afectados vean restablecida su situación jurídica vulnerada por la infracción del derecho de la Unión Europea, o las sentencias sobre el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales), urbanístico (como las sentencias relativas al Plan General de Lérida, sobre los límites del *ius variandi* o a la garantía de la autonomía local) o en el contexto del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (como la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que permitió delimitar «régimen local» y «régimen electoral general» a los efectos del acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos, artículo 23.2 CE), resoluciones demostrativas

de su cualificada preparación técnica y de su excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

En la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha estado adscrito a sus secciones 4.^a, 2.^a y 1.^a, lo que testimonia su amplia experiencia jurisdiccional sobre diversos aspectos del derecho administrativo, derivada del enjuiciamiento de recursos contenciosos en materias tales como función pública (como magistrado de su sección 4.^a), procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, urbanismo, medio ambiente, expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial, trabajo/sanidad/seguridad social (como magistrado de su sección 2.^a) y derecho tributario estatal, autonómico y local (como magistrado de su sección 1.^a).

Especialmente destacable es que algunas de estas materias, únicamente tras la reforma de 2015 del recurso de casación, han visto abierta la vía de acceso a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, en este momento, hace altamente conveniente la incorporación al Tribunal Supremo de magistrados con sólidos conocimientos prácticos sobre algunas de las materias que trasciendan el régimen de la casación anterior a 2015.

Desde la perspectiva de la experiencia jurisdiccional, Dimi-try Teodoro Berberoff Ayuda acredita haber dictado más de 3.300 sentencias, lo que supone una ratio de sentencias por año en activo de las más altas entre los distintos candidatos incluidos en la propuesta e, incluso superior —en términos totales—, a la que candidatos con mayor antigüedad en la carrera judicial, acreditan haber dictado.

Su experiencia jurisdiccional es también expresiva de un conocimiento práctico de la técnica casacional al haber formado parte, durante los años 2002, 2003 y 2004, de la sección de casación de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Destaca, asimismo, la proyección que sobre la jurisdicción contencioso-administrativa ha proyectado su conocimiento práctico del derecho de la Unión Europea, tras el desempeño de su cargo como letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, desde el 17 de septiembre de 2007 al 18 de octubre de 2010, asistiendo en su labor jurisdiccional al Abogado General español.

En este sentido, el Pleno no solo valora el específico desempeño de sus funciones como letrado en el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea sino, además y muy destacadamente, la circunstancia de que sus conocimientos y experiencia sobre el derecho de la Unión Europea hayan tenido una proyección objetiva y constatable sobre su labor en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, por un lado, su conocimiento práctico del derecho de la Unión aparece reflejado en varias resoluciones en las que ha intervenido como ponente en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, tanto a la hora de plantear cuestiones prejudiciales (por ejemplo, la ya citada, sobre el «céntimo sanitario») como también para descartar una eventual remisión prejudicial, como acredita la memoria presentada sobre sus resoluciones judiciales.

Por otro lado, esa proyección práctica sobre la jurisdicción contenciosa de sus conocimientos sobre el derecho de la Unión se manifiesta también por la incorporación de Dimi-try Teodoro Berberoff Ayuda, en marzo de 2012, a la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea (REDUE) del Consejo General del Poder Judicial, en la división administrativa y fiscal, lo que le ha llevado a compartir su experiencia con quienes se encuentran destinados en la jurisdicción contencioso-administrativa, como acreditan las memorias anuales presentadas y remitidas al servicio de relaciones internacionales.

Junto con lo anterior, el Pleno del CGPJ ha valorado, además, el excelente trabajo que el candidato nombrado ha realizado como Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, debiéndose constatar que para cuyo desempeño, el artículo 61 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige acreditar los mismos requisitos que para acceder a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo. En este sentido, el actual CGPJ y todos los anteriores han valorado como mérito destacable para promocionar a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo el desempeño de la dirección de su Gabinete Técnico, como lo demuestra el hecho de que todos los magistrados que lo han precedido en el cargo de director del Gabinete Técnico, desde su constitución por Real Decreto 489/1985, de 2 de abril, hayan alcanzado, sin excepción, la condición de magistrados del Tribunal Supremo.

Cabe destacar que su responsabilidad al frente del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo le ha permitido alcanzar un global y exhaustivo conocimiento de la mecánica y metodología del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, que

entró en vigor el 22 de julio de 2016, esto es, coetáneamente al desempeño de su función como Director del Gabinete Técnico, destacando la colaboración prestada por Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda, para la puesta en funcionamiento de la nueva casación.

Además, en su condición de Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo ha desarrollado un papel muy relevante en la dirección efectiva de la asistencia a sus Magistrados en la tramitación de procedimientos y en la preparación de resoluciones jurisdiccionales, habiendo coordinado los trabajos de elaboración anual de la Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo y el análisis y supervisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para su publicación por el CENDOJ.

También ha impulsado el análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como su difusión mensual entre todos los magistrados del Tribunal Supremo y los letrados del Gabinete Técnico.

En su condición de Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo ha asumido la coordinación de las respuestas e informes exigidos por las herramientas fórum y jurifast, de la Asociación de Cortes Administrativas Supremas (ACA), a la que se encuentra integrada la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Asimismo, tras la incorporación del Tribunal Supremo a la denominada Réseau Judiciaire de l'Union européenne creada y gestionada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en 2017, ha desarrollado funciones de enlace que garantizan una interacción y reciprocidad en el tratamiento y difusión de la información a nivel supranacional.

Adicionalmente, ha llevado a cabo una destacable labor docente, científica y divulgativa participando como ponente en decenas de cursos, congresos y seminarios jurídicos sobre derecho administrativo y procesal contencioso-administrativo, resultando especialmente reseñables sus numerosas ponencias sobre el nuevo recurso de casación, así como aquellas en las que el candidato nombrado pone al servicio de la jurisdicción contencioso-administrativa su conocimiento práctico y experiencia sobre el derecho de la Unión Europea, especialmente, en los ámbitos de la fiscalidad, de la contratación pública o de la tutela ambiental, o en sucesivas ediciones de actividades de formación del CGPJ como el *Curso Virtual*

del Derecho de la Unión Europea o el Curso de Aplicación del Derecho Comunitario Europeo.

Autor de numerosas publicaciones, destaca el libro del que es coautor «Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia» (Dimitry Berberoff Ayuda y Francisco José Sospedra Navas. CGPJ y Fundación Wellington. 2006), así como su participación en revistas jurídicas y numerosas obras colectivas, entre otras recientes, *La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo* en «Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Aranzadi. 2017), o la autoría del prólogo del libro «Las políticas de la Unión Europea en el siglo. XXI». Ed. Bosch, 2016 y 2017. Marta Ortega Gómez (1.ª y 2.ª Ed.)

En el plano de su actividad docente ha sido profesor asociado del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña y profesor en el máster de la Abogacía organizado por el Centro Universitario Cardenal Cisneros adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

Asimismo, ha sido profesor invitado en el Master en Diplomacia y Función Pública Internacional organizado en Barcelona por CEI International Affairs y en el módulo Jean Monnet de la Universidad de Cantabria, destacando su asistencia al Steering Committee de ReNEUAL (Research Network on EU Administrative Law) para la elaboración del Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la UE, con expresa mención a su contribución en la publicación del CÓDIGO ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea. Madrid Instituto Nacional de Administración Pública, 2015 (Monografías).

Por la novedad del proyecto y por su específica proyección sobre el Tribunal Supremo, el Pleno valora destacadamente su participación en el Proyecto de la Comisión Europea JUST/2015/JACC/AG/QUAL/8484 y que ha dado lugar a la publicación *Best practice guide for managing Supreme Courts. Supreme Courts guarantee for effectiveness of judicial systems* que, en síntesis, constituye un manual de buenas prácticas sobre la adecuada gestión de los tribunales supremos, como garantía de eficacia del sistema judicial.

Ha sido vocal del Tribunal Calificador de las pruebas de especialización en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo convocadas por Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de mayo de 2017, y director del curso teóri-

co-práctico para la provisión de plazas de magistrado especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo convocadas por acuerdo del Pleno del CGPJ de 20 de diciembre de 2012.

En definitiva, sin dejar de reconocer la indudable valía y cualificación de todos los candidatos, tanto los incluidos en la terna como los propuestos por los distintos vocales, el Pleno ha considerado que Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda reúne al mismo tiempo una serie de méritos que, si bien otros candidatos pueden acreditar aisladamente, no concurren conjuntamente en ningún otro, resultando, en consecuencia, como el más idóneo y destacado para el desempeño de la plaza convocada:

Además de su ejercicio jurisdiccional en órganos colegiados, basado en la excelencia que revela la alta calidad técnica de las resoluciones aportadas en las que ha sido ponente, concurren en el designado, singularmente, el meritorio desempeño llevado a cabo durante más de cuatro años como Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, y el conocimiento de la jurisprudencia y el funcionamiento del Tribunal que le ha proporcionado dicha condición, especialmente, el acreditado y destacado conocimiento del nuevo recurso de casación contencioso administrativo, a cuya correcta implementación y desarrollo ha contribuido, así como el específico desempeño de sus funciones como letrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y muy destacadamente, la circunstancia de que sus conocimientos y experiencia sobre el derecho de la Unión Europea hayan tenido una proyección objetiva y constatable sobre su labor en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todo lo expuesto hace de Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda el magistrado más idóneo, de entre todos los solicitantes, para el desempeño de la plaza convocada».

III. El fundamento de la controversia

1. Una vez reflejado hasta en sus pormenores el *objeto* controvertido, por lógica se impone ahora identificar el núcleo de la *controversia*; discusión que radica en si se respetó o no lo dispuesto en la base quinta de la convocatoria (atinente a los criterios de valoración) y donde textualmente se establecía que:

«Para la provisión de la plaza anunciada serán objeto de VALORACIÓN PREFERENTE los méritos reveladores del grado de excelencia alcanzado en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo serán OBJETO DE PONDERACIÓN el tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el tiempo de ejercicio en órganos correspondientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados. Como MÉRITOS COMPLEMENTARIOS a los anteriores se tendrán en cuenta el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia» (mayúsculas más).

2. En la impugnación se solicitaba que la Sala declare la «nulidad» del nombramiento efectuado; y «existiendo base para ello en las presentes actuaciones al tratarse de una potestad discrecional impropia que se ejerce con carácter de potestad reglada», declare igualmente que «la decisión ajustada a Derecho es la de promover a la categoría de Magistrado del TS (...) al Magistrado recurrente». Subsidiariamente y en defecto de lo anterior, que «se acuerde la retroacción de actuaciones para que el CGPJ decida lo que corresponda, respetando siempre lo resuelto en la Sentencia».

(Anticipadamente señalaré que el TS desestimó ambas pretensiones del recurrente, siendo la segunda la que centrará el análisis que sigue)

A. En el recurso se sostiene —narra la STS (Antecedente 3.º)— que «se han vulnerado los principios de igualdad, mérito y capacidad y el mandato de interdicción de arbitrariedad». También se critica el nombramiento «porque el CGPJ se atribuye un margen de apreciación tan amplio que alcanza a convertirse en una suerte de libre designación». Y a ese respecto —continúa la STS— el recurrente «en concreto aduce que el magistrado elegido NO SUPERA al recurrente en el *tiempo* de servicio activo en la *carrera judicial*, en el tiempo de ejercicio en órganos correspondientes al *orden jurisdiccional contencioso-administrativo* o en el de servicio en *órganos judiciales colegiados*» (mayúsculas (6) y cursivas (7) más).

(6) Uso las MAYÚSCULAS para llamar la atención sobre una inexactitud del TS. En el pasaje transcrito se dice que, según la demanda, el magistrado nombrado «no supera» al recurrente en tales o cuales méritos. Sin embargo, más adelante se afirmará que el recurrente sostiene que «es superior» al nombrado en lo referido a esos méritos. Y no se está diciendo lo mismo aunque con distintas palabras; porque para no ser superado basta una *paridad* de méritos y, sin embargo, el recurrente no ha alegado que tiene *tantos* méritos como el nombrado sino *muchos más*.

(7) Con las *cursivas* persigo destacar una omisión en la que después seguirá incurriendo el Tribunal. En la demanda, y con fundamento en la base quinta de la convocatoria, se aduce —como se ve— que el recurrente supera al magistrado nombrado en *tres* modalidades de antigüedad; sin em-

En la pretensión del recurrente —continúa la STS— por reafirmar que «el magistrado elegido ostenta objetivamente menos méritos» que los suyos, y aun reconociendo «una alta calidad técnica» en aquél, sin embargo contraponen en su favor que él «ha sido ponente en la Audiencia Nacional de sentencias que son habitualmente citadas por la doctrina y han sido objeto de estudios en publicaciones especializadas» (y «otro tanto cabe con sus votos particulares»). Y aun declinando «entrar en el detalle de su bibliografía, cursos y actividad docente» por constar ya en el expediente administrativo, «considera que la comparación es abrumadora y claramente favorable» para sí.

B. En segundo lugar, y en evidente conexión con lo ya expuesto, el recurrente —continúa el TS— achaca «falta de motivación al acuerdo que impugna, porque omite cualquier comparación de los méritos objetivos e individualizados de otros candidatos presentados» (de hecho «el seleccionado es el último en el escalafón de los magistrados aspirantes —el 22 entre 22— y tan sólo se encuentra por delante de uno en su condición de magistrado especialista»; y «otro tanto aduce respecto de los años de experiencia en la jurisdicción y en órganos colegiados», sin que el acuerdo del CGPJ ofrezca «el más mínimo contraste curricular con los demás candidatos»). Por lo que el recurrente «cree que esta ausencia de valoración de los méritos de los demás Magistrados que compiten a la plaza arroja una sospecha de arbitrariedad y subraya que los medios adelantaron el nombramiento de quien iba a resultar elegido antes de que se votara la decisión por el Pleno»; de donde «concluye que el CGPJ debe volver a razonar su propuesta explicando las razones que llevan a su decisión».

IV. Puntualizaciones sobre los elementos a valorar

Me será oportuno solicitar una pausa aclaratoria para, antes de entrar en la contienda, desembarar de posibles equívocos algunos puntos que obstaculizan el itinerario a seguir.

1. Transcribí, en el apartado anterior, la base quinta de la convocatoria para la provisión de la plaza y que establecía las tres clases de méritos a valorar, ordenadas además jerárquicamente: la primera sería objeto de *valoración preferente* (la referida al *grado de excelencia* alcanzado en el ejercicio de la función jurisdiccional); la segunda, objeto de *ponderación*

bargo, en los distintos FFD de la sentencia, el TS sistemáticamente omitirá mencionar una de ellas (tiempo en órganos jurisdiccionales colegiados). Tal vez no sea importante, pero apuntado queda.

(la atinente a los *tiempos* de servicio: en la carrera, en órganos correspondientes al mismo orden jurisdiccional de la plaza a proveer, en órganos judiciales colegiados); en la tercera se encuadraban los considerados como *méritos complementarios* a los anteriores (es decir, profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales). Habría, por tanto, tres clases de méritos de valor desigual y por este orden: los *prioritarios*, los *ordinarios* y los *complementarios*.

De modo que tal ordenación adquiere el estatus de un inicial *método reglado*, vinculante por tanto, aunque no determine del todo (ni mucho menos) la valoración de los méritos alegados por los distintos candidatos.

2. Alguna vacilación podría afectar al significado de la expresión «grado de excelencia», pese a que su desnuda literalidad deja presuponer que —dentro de la *excelencia*— existen *grados*. Ni una palabra al respecto en la STS que comento (y creo que en ninguna otra).

Sin embargo, en el FD 4.º de la de ahora, hay un remite a «la doctrina de esta Sala» (en concreto a la STS de 1/06/2012) que establece:

«una vez justificada que existe esa *cota de elevada profesionalidad* en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad quién es el que finalmente debe ser nombrado» (cursivas mías).

Tómese nota de que estamos, entonces, ante dos maneras distintas de concebir el sentido del criterio valorativo de la «excelencia». Para entendernos mejor, recurriré al simil del alpinismo. Está la *cota* de los ocho mil, superada hasta por 14 picos; pero, entre los 14 ochomiles, algunos son más altos que otros, unos de escalada más difícil que otros, unos más peligrosos que otros, unos ascendidos con ayuda de oxígeno y otros a pleno pulmón, etcétera. ¿Debe contar todo ello o vale hacer tabla rasa de cuantas diferencias haya una vez que el montañero alcanza una cima de ocho mil metros?

Volviendo a lo nuestro: ¿a qué se refiere la base quinta de la convocatoria? ¿al «*grado de excelencia*» que determinará comparativamente quién es más excelente entre los candidatos o bien a una «*cota de elevada profesionalidad*» superable —sin necesidad de comparación— con bastante normalidad por varios candidatos y, por tanto, criterio en definitiva inoperante a la hora de elegir entre estos últimos?

3. ¿A qué carta jugar? El CGPJ juega a la segunda. Parece que el TS a las dos, según convenga (y en una misma STS, como en la presente).

A. Ya en los primeros renglones del Acuerdo del CGPJ se anunciaba el nombramiento de don Dmitry «sin dejar de reconocer la valía profesional y la excelencia de los restantes candidatos de la propuesta». El CGPJ no dedicaba siquiera una línea a ocuparse de si don Dmitry era o no el más excelente «en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional». De entrada, pues, todos los candidatos propuestos eran excelentes. Ocurrir sin embargo —como dirá el Acuerdo al final— que pese a «la indudable valía y cualificación de todos los candidatos, tanto los incluidos en la terna como los propuestos por los distintos vocales, el Pleno ha considerado que Dmitry Teodoro Berberoff Ayuda reúne al mismo tiempo una serie de méritos que, si bien otros candidatos pueden acreditar aisladamente, no concurren conjuntamente en ningún otro».

Nada dice el Acuerdo sobre la incidencia (no parece que tuviera alguna) del prioritario criterio de la «excelencia en el estricto ejercicio de la jurisdicción» como factor de discriminación entre las candidaturas que el Pleno consideró. La razón del nombramiento residía finalmente en una «serie de méritos» que «al mismo tiempo» (luego eran otros distintos) reunía don Dmitry y que sólo en él «concurrían conjuntamente».

Esta opción por interpretar la «excelencia» en clave de *cota* (evaluable en términos de «todo o nada», se tiene o no se tiene) y no en clave de *grado* (formulable en términos de «más o menos») le reporta al CGPJ evidentes ventajas. Como las siguientes:

- a) El ahorro de complicaciones y de bagaje jurídico (del que —a lo peor— no todos los miembros del Consejo están provistos, si bien votan todos) que inevitablemente se precisa para determinar cuál, de entre candidaturas tan altamente cualificadas, es la más excelente.
- b) Súmese a ello que, no existiendo ninguna convención (a diferencia de los «ochomiles») que marca el umbral desde donde comienza la *cota* de la «excelencia», se presume que compete a la discrecionalidad del Consejo estimar (y sin argumentar) que tal o cual candidato ha superado una supuesta cota de profesionalidad (8).

(8) Hasta el extremo de que p.ej. —como así sucedió en otra ocasión— estando en liza la presidencia de un Tribunal Superior, el aspirante nombrado jamás hubiera participado con anterioridad en ningún órgano jurisdiccional colegiado frente a una oponente con 20 años de ejercicio en tribunales colegiados. A juicio del CGPJ, ambos habían superado la cota de profesionalidad exigible. Y con eso bastaba para igualarlos a ese respecto. Caso del que me ocupé en mi comentario «¿"Avasalla" la Sala 3.ª del Tribunal Supremo al Consejo General del Poder Judicial? (De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2016, núm. 106.

- c) Encima, se soslaya el —por muchos motivos— engorroso trámite de la comparación, que en principio limitaría mucho la libertad del Consejo. La «excelencia» se tiene o no se tiene, sin necesidad de medirse con los del derredor. Sobra la comparación, por tanto.
- d) Una vez reconocida la cota de la «excelencia» a todos los contendientes, la «excelencia» jurisdiccional —que era el criterio preferente para proceder a la elección— acaba desactivada. En el trance decisivo ya no servirá para nada. Lo cual deja al CGPJ con las manos más libres todavía (9).

B. Nuestro Tribunal, como se ha visto párrafos atrás, rinde homenaje al planteamiento del CGPJ cuando reconoce que éste, una vez apreciada «esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos», «en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos» y «acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de la profesionalidad quién es el que finalmente debe ser nombrado» (FD 4.º, citando una STS de 01/06/2012).

Pero tropieza con un escollo imprevisto. Porque, neutralizada la eficacia discriminatoria del criterio preeminente (que es el de la «excelencia» en el ejercicio de la jurisdicción), es preciso entonces ensayar la aplicación de algún otro criterio. Y, tirando de lista (elemento reglado en la base quinta de la convocatoria y, previamente, en el art. 5 del Reglamento 1/2010), ¿cuál es el siguiente? El de *más tiempo* de servicio activo (en la carrera judicial, en órganos contencioso-administrativos y en órganos judiciales colegiados). Y sobre eso, precisamente, pone el acento el discurso del recurrente.

Y ¿cómo responde esta vez el TS? Achacando a la demanda haber incurrido en el error de interpretar la base quinta de la convocatoria «pretiriendo su primer inciso (que es un apartado independiente y distinto en el art. 5 del Reglamento 1/2010, bajo el número 1) y que se refiere a la existencia de “méritos reveladores del grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional”» y de haberlos confundido «en una valoración singular, con méritos que la base de la convocatoria considera en segundo lugar» (FD 3.º). Saldré al paso del TS.

Primero, ¿qué otra solución cabe si el propio Acuerdo del CGPJ consiste de marcar diferencias en los «méritos reveladores del grado de excelencia» que nutren los *curricula* de todos los candidatos propuestos,

(9) O dicho de otro modo: «a partir de un umbral de profesionalidad que el propio Consejo fija a grosso modo se abre para él un relajado y cómodo espacio de *discrecionalidad-libertad* en el que moverse a su antojo» (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos...», pág. 147).

por cuanto en todos reconoce el CGPJ que concurre —sin ninguna distinción— la «excelencia» jurisdiccional?

Segundo, el razonamiento del demandante nada *confunde*; ya que no altera la prelación de los méritos desplazando a los méritos que en primer lugar debieran figurar a favor de los catalogados en segundo lugar (pues la fuerza discriminatoria de los primeros ha quedado ya amortizada por obra y gracia del propio CGPJ), ni mezcla unos con otros (puesto que también «las resoluciones judiciales de especial relevancia y significativa calidad técnica», sobre las que insiste el recurrente, se inscriben entre los segundos méritos —no entre los primeros— a tenor de lo expresamente dispuesto en la letra *d*) del art. 5.2 del Reglamento —aunque la base quinta de la convocatoria no las mencione—. Por lo que, aunque vuelva a toparme con esta terca cantinela del Tribunal, de momento me olvidaré de ella.

Lo cual no impide que nuestro Tribunal, al margen y por encima de lo dicho, persista arremetiendo contra la pretensión de que la *antigüedad* se constituya en factor decisorio de un nombramiento discrecional. Y eso me obliga a reincorporarme al campo de batalla.

V. El valor de la «antigüedad» en discusión

1. Comienza el TS depreciando los méritos atinentes al tiempo de servicio (en la carrera, en la jurisdicción contenciosa, en órganos colegiados) al decir de ellos «que, en la base quinta, se contemplan como meros *elementos de ponderación*» (FD 3.º) (cursivas en la STS).

¿*Meros* —los ha llamado—? ¿Son, acaso, elementos cualesquiera reueltos con otros del mismo pelaje en una indiferenciada *melée*? De ningún modo. Por lo pronto, ni en el Reglamento ni en la convocatoria de la plaza les acompaña la palabra «meros». Es más, aparecen *expresamente* identificados (y *únicamente* ellos). Y encima son de ponderación *obligada* («*serán* objeto de ponderación», no es lo mismo que «podrán ser ponderados»). Mucha importancia se les otorga para ser «meros» nada más.

2. Continúa la STS: «La demanda *destaca* entre ellos (“los meros elementos de ponderación”), y nos trae a colación, el mérito de los tiempos prestados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales» (cursivas mías).

Puntualicemos: la demanda no *destaca* (no selecciona) unos méritos (sólo los favorables) *entre* otros; *agota* todos los contemplados en la base correspondiente de la convocatoria.

3. Llega al colmo este remate de la STS: «Todo ello porque el recurrente sostiene que es superior, en su *valoración subjetiva de esos mé-*

ritos, a los que ostenta el señor Berberoff, esgrimiendo, en ese análisis comparativo, la posición preferente del demandante en el escalafón de la carrera judicial (número 78 del escalafón general y número 6 en el de especialistas) con el puesto inferior del señor Berberoff (escalafón general núm. 2078 y número 58 del de especialistas)» (cursivas mías).

Al margen de que el TS omite la referencia al también distinto tiempo de servicio en órganos colegiados (26 años de don Jesús M.^a frente a los 12 de don Dimitry, si he calculado bien en mis pesquisas), se hace irreprimible preguntar: ¿qué tiene de *subjetivo* valorar que 37 años en la carrera son más que 21, que 26 años en tribunales de lo contencioso superan a los 12, y que otros 26 años en órganos judiciales colegiados suman más que los susodichos 12?

4. Es cierto que, tras tres párrafos dedicados a otras consideraciones y cuando esta cuestión parecía finiquitada, el Tribunal retornará a la misma objetando que la menor *antigüedad* de don Dimitry podría compensarse con su mayor *productividad*. Estas son sus palabras: «(...) sin dejar de apreciar, además, el resultado de la prueba practicada en autos en la que el señor Berberoff enerva, si necesario fuera, el valor que la demanda quiere atribuir a la antigüedad en el escalafón como valor esencial singular, al demostrar que en su periodo de ejercicio jurisdiccional, aunque sea más breve, ha dictado más sentencias que la parte demandante y que el recurrente ha desempeñado también funciones por las que no ha estado en la situación de servicio activo en la carrera judicial» (FD 3.^o).

Objeción cuya primera parte, vista desde una perspectiva *sustancial*, bien merecería un examen (si bien aderezado con informaciones que faltan), pero no desde un punto de vista *formal* (al que tanto apego tiene —como luego se verá— nuestro Tribunal). En efecto, bajo la rúbrica de «elementos que serán ponderados» (de la convocatoria y del Reglamento) no existe la más mínima mención al *número* de sentencias dictadas (sí, y por tres veces, al *tiempo* de servicio); y si alguna alusión se hace a las sentencias —como acontece en el art. 5.2 d) del Reglamento— ésta se circunscribe a las que son de «especial relevancia y significativa calidad técnica». Cuenta la *calidad*, no la *cantidad*(10).

En lo que toca a la segunda parte de la objeción, bastará decir que una rotunda desestimación debe acompañarla. Porque los méritos referidos a destinos y trabajos no jurisdiccionales, que además no suelen ser impuestos ni de fuerza mayor sino libre y gozosamente asumidos, ya tienen

(10) No sabría interpretar hasta dónde es sintomático que en el *Anexo II (Relación de méritos)*, a cumplimentar por quienes aspiran a plazas del TS, no haya un espacio reservado a la productividad cuantitativa de resoluciones; de manera que quien desee consignarla deberá aprovechar el apartado destinado a la genérica «Información adicional».

un expreso acomodo y reconocimiento en el tercer apartado (el de los «méritos complementarios»).

5. La verdad es que el TS no pone especial empeño en esta porfía. Por la cuenta que le trae. Entrar a fondo en ella implicaría avalar un «razonamiento contrario a nuestra doctrina» —en expresión del mismo TS—.

Iré desgranando uno por uno los motivos (FD 3.º).

A. «Porque pretende imponer el principio, ajeno al Reglamento y a la base quinta de la convocatoria, de que el nombramiento se decida por antigüedad en el escalafón o el escalafón de especialistas» (11); y así «se alteraría el sentido de la base que parte, por el contrario, del principio fundamental (que por eso se destaca en el Reglamento en el artículo 5.1) del mérito consistente en el *grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional*» (cursivas en la STS).

- a) Sin necesidad de ninguna exploración, a simple vista resaltan las zonas débiles del motivo. Pues justamente, de conformidad con el Reglamento y la base quinta, *también* por «antigüedad» puede decidirse el nombramiento; aunque —de primeras— no *exclusiva* ni *principalmente* por ella. Pero cuando el primero de los criterios no resulta dirimente ¿qué otra alternativa cabe?
- b) Está, de otro lado, el equívoco de la expresión «principio fundamental». Una cosa es que sea principio fundamental la *preferencia* del «grado de excelencia» y otra distinta que el «grado de excelencia» sea el *criterio fundamental* para decidir un concreto nombramiento. Si fuera lo mismo, debería anularse el nombramiento de don Dimitry, puesto que el «grado de excelencia», lejos de ser *fundamental* (o sea: que sirviera de fundamento para decidirse por la candidatura de don Dimitry) quedó marginado por el Pleno casi desde los primeros compases. La lectura del Acuerdo del Pleno no deja lugar a dudas.

B. Abundando un poco en lo ya dicho, sigue explayándose el TS: «Si el criterio fuese el de estricta antigüedad, que defiende la demanda, estaríamos ante un ámbito casi reglado de competencias (...) en las que el Consejo tendría un margen muy escaso de apreciación. No estamos ante un concurso de méritos ni existe una baremación de los mismos. El único elemento reglado que se refiere a la antigüedad es el que establece la base 1.ª, que la parte recurrente no discute que se cumpla en el caso del

(11) Obsérvese que —según antes advertí— el TS vuelve a pasar por alto la antigüedad en órganos colegiados. Seguramente importa poco, pero dejo constancia de ello.

codemandado, y que, una vez cumplido, nos lleva al artículo 5, cuyo criterio esencial es el de los “méritos reveladores del grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional”. La demanda pretende imponer, en fin, un criterio, el de la antigüedad, al margen del artículo del Reglamento y de las bases».

- a) ¡Que no, que el criterio no es el de la *estricta* antigüedad! Sería más ajustado decir que la «antigüedad» funciona en la demanda como un criterio originariamente *segundón*, pero —tras quedar orillado el criterio de la «excelencia» jurisdiccional— convertido en *primero* y hasta *determinante* (por extenuación del anterior cabeza de lista).
- b) No es el recurrente quien persigue transformar en «ámbito casi reglado» un espacio naturalmente discrecional. Partió de la iniciativa del mismo CGPJ «condicionar» su propia «libertad de apreciación» mediante «unos límites», «especialmente el límite que representan los principios de mérito y capacidad» (como se lee en los párrafos introductorios del Reglamento). Y en cuanto proyección de esta «idea básica» (así la denomina el Reglamento), se disponen en el art. 5 cuáles habrán de ser los «Méritos para la provisión de plazas reservadas a los miembros de la Carrera Judicial». Y en esa relación de méritos, la «excelencia» jurisdiccional se constituye en criterio *preferente* (no en «criterio *esencial*», como dice la STS en formulación que se presta a evidentes equívocos), por tanto en *prevalente* hasta allí donde *alcance*. Algo similar (no igual del todo ¡atención!) al mundo del fútbol. El número de puntos conseguidos es, en una liga, el criterio preferente. Pero si dos equipos terminan el campeonato empatados a puntos, serán de aplicación escalonada otros criterios: el *average* particular, diferencia de goles a favor y en contra, etcétera. Al final, el ganador de la liga puede no tener más puntos que el segundo clasificado (tampoco menos, claro está). Por lo mismo que el finalmente nombrado por el CGPJ tampoco ha de tener necesariamente mayor excelencia jurisdiccional (tampoco menor) que los solicitantes preteridos (siguiendo la lógica y la práctica del CGPJ). En una competición, no es el mérito a priori *más importante* el que determina quién vence, sino el mérito que a posteriori *marca la diferencia*.
- c) Ahora bien, si introducimos el criterio de la antigüedad ¿no estamos, entonces, «ante un concurso de méritos» y con «una baremación de los mismos» —según recela el TS—? Francamente, estamos donde el CGPJ nos ha colocado. Si, acaso, cúlpese al Reglamento, no al demandante, de haber metamorfoseado un nombramiento discrecional en un concurso de méritos baremados.

Pero es que el Pleno tampoco se encuentra tan atado de pies y manos. De su discrecionalidad dependerá apreciar comparativamente (si así lo estima y razona) el *grado* de excelencia que acreditan los candidatos o contentarse con fijar una *cota* de excelencia (y a qué *altura* fijarla) para hacer una selección de los mejores y dar paso después a otros criterios; a su discrecionalidad se confiará igualmente ponderar si ha de ser indistinto o no el valor atribuible a la antigüedad en la carrera, en la especialidad y en órganos colegiados; o si valorar por igual o diversamente el tiempo de desempeño jurisdiccional en órganos de ámbito provincial, autonómico o estatal; como también proceder a una valoración individualizada de cada una de las tres temporalidades o valorarlas combinadamente; etcétera. Es decir, que haya o no baremación de méritos, y cuál sea ésta, quedará en manos de la discrecionalidad del Pleno. Y eso sin contar con la incidencia que, sobre las tres vertientes de la antigüedad —una por una o en conjunto—, pueda atribuirse a los méritos de la letra *d*) («resoluciones judiciales de especial relevancia y significativa calidad técnica») clasificados por el Reglamento en la misma escala que la antigüedad (es decir, también en su art. 5.2)

- d) En su indisimulado propósito por desfondar el criterio de la antigüedad, el TS se mete en la aventura de una afirmación precipitada y, a la postre, falsa. La que dice: «El único elemento reglado que se refiere a la antigüedad es el que establece la base 1.^a (12), que la parte recurrente no discute que se cumpla en el caso del co-demandado». Evidentemente, esto no lo discute. Pero discute otra cosa. Porque el criterio de la antigüedad, como elemento reglado, comparece en dos escenarios distintos. El primero, y señalado por el TS (o sea el de la base 1.^o), en el que la antigüedad (con un mínimo de 5 años de magistrado y 15 en la carrera) funciona como *requisito* para la *admisión* de candidaturas; el segundo (el de la base 5.^a) en el que la antigüedad (una vez satisfechos los mínimos de admisión, obviamente) funciona como *mérito* de *ponderación* obligatoria, y con relevancia superior a la de los subordinados méritos *complementarios*. ¿Acaso no son aspectos vinculantes los recién señalados y, por tanto, reglados? ¿Por qué les niega el TS ese carácter?

Todo invita a pensar que asistimos a la segunda y definitiva fase de una operación de acoso y derribo mediante la cual el CGPJ (con la inestimable complicidad del TS) liquida la autolimitación, que tan enfática y

(12) Esto es: «haber prestado, al menos cinco años de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la Carrera Judicial» —Base 1.^a b)—.

solemnemente él mismo se impusiera en su Reglamento, con la loable finalidad de velar por «los principios de método y capacidad». Primero fue —como vimos páginas atrás— dejando en clamoroso fuera de juego al preferente «grado de excelencia» en el ejercicio de la jurisdicción. Y ahora llega la puntilla, con el pretexto de que el criterio de «antigüedad» pervierte la naturaleza discrecional típica de esta clase de nombramientos; porque, de lo contrario, ¿en qué quedarían las «amplísimas facultades de valoración y elección en los nombramientos de carácter discrecional» (FD 2.º)? ¡Por fin, de nuevo libres!

De la infantería de los «méritos complementarios» no hay por qué preocuparse; es tropa dócil y maleable.

Ahora sí que luce en toda su magnitud el botín conseguido: Es doctrina de esta Sala que «una vez justificada que existe esa *cota de elevada profesionalidad* (que tiene múltiples manifestaciones) en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente *ponderar una amplia variedad de elementos*, todos ellos legítimos, y *acoger cualquiera de ellos* para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad *quién* es el que finalmente *debe ser nombrado*» (FD 4.º, cursivas mías).

VI. Valorar los méritos y justificar las valoraciones

1. Llegados aquí, la STS desplaza el foco de la discusión hacia otro terreno. La respuesta del TS se centra ahora, no en *qué méritos valorar*, sino en *cómo valorarlos* y, finalmente, en *cómo justificar esa valoración* (13). O —en términos de la STS— en «el segundo motivo de impugnación, que achaca al nombramiento un déficit de motivación» (FD 4.º),

Si bien debe adjuntarse una precisión al respecto. Porque, al margen de con qué palabras expresara su queja el recurrente (no las conozco de primera mano), el problema real a encarar no es el de si —como relata la STS— ha habido o no «*ausencia de motivación de los méritos de los candidatos no elegidos*» (FD 5.º, cursivas mías) (14), por la aplastante razón de que los *méritos* no se *motivan* (los *méritos* se *valoran* y, luego, se *justifica* la *valoración* de los méritos, que no es lo mismo). Corrección no dictada aquí por altanera petulancia sino por la necesidad de evitar la

(13) Aun siendo operaciones lógicamente diferentes *describir* cómo se valora y *justificar* por qué se valora así, ambas suelen ir trenzadas compartiendo el espacio que las resoluciones reservan a la *motivación*.

(14) Curiosamente, la STS también coloca esa misma formulación («*motivación de los méritos de los candidatos no elegidos*») en la contestación a la demanda por parte del Abogado del Estado (Antecedente de Hecho 6.º).

equivalencia entre «motivar» y «valorar», que se desliza varias veces en distintos pasajes (y por parlantes distintos) de esta misma STS.

2. Haré un alto para dejar anotada una observación bastante crítica del Tribunal que (pese a figurar en los albores del FD 1.º) bien pudiera tener —*ratione materiae* del actual art. 362.2 LOPJ (15)— alguna incidencia sobre lo que precisamente ahora toca considerar. En efecto, puntualiza la STS: «También es irrelevante la reforma del artículo 326.2 de la LOPJ producida por la Ley orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, a la que se refiere la demanda, que es inaplicable a este recurso como posterior en el tiempo». Es todo lo que da a conocer la Sala. Punto y aparte.

3. Y sin más preámbulos retomo el discurso de la STS allí donde lo dejé. Discurso que se reanuda con el recordatorio de que: «La doctrina de la sentencia del Pleno 1136/2017 sienta el criterio de que la *comparación aislada de méritos* no puede negar al Consejo una facultad razonable de *valoración del conjunto de todos ellos* o establecer la *preferencia de uno* o de *alguno* respecto de los demás» (FD 3.º, cursivas mías).

No conozco a nadie que disienta de esa postura doctrinal. Pero dejando bien atados algunos cabos. a) Primero, que «la razonable valoración de conjunto» (que completa «la comparación aislada de méritos») debe ser *explicitada* (mostrando conforme a qué método se procede en esa valoración conjunta) y —al igual que «la comparación aislada de méritos»— también *comparada* (con los méritos conjuntamente valorados de los otros candidatos). b) Segundo, que si se otorga preferencia a algún mérito particularizado, éste deberá ser explícitamente *identificado* y, después, debidamente *justificada* la razón de su preferencia.

Condiciones, sin embargo, cuya exigibilidad el Tribunal soslayará o minimizará o abiertamente rechazará cuando la estime desprovista de expreso sustento legal.

En mi respuesta, deslindaré —cuando proceda— las cuestiones relativas a la *valoración* (de los méritos) y las concernientes a la *justificación* (de las valoraciones), pese a que vayan entreveradas en el tejido argumental de la sentencia.

(15) Fijándome en los siguientes párrafos del mismo: «La provisión de (...) y Magistrados del Tribunal Supremo se basará en una convocatoria (...) cuyas bases aprobadas por el Pleno establecerán de forma clara y separada cada uno de los méritos que se vayan a tener en consideración, diferenciando las aptitudes de excelencia jurisdiccional de las gubernativas, y los méritos comunes de los específicos para determinado puesto. La convocatoria señalará pormenorizadamente la ponderación de cada uno de los méritos en la valoración global del candidato». «Toda propuesta que se haya de elevar al Pleno deberá estar motivada y consignar individualmente la ponderación de cada uno de los méritos de la convocatoria. En todo caso, se formulará una evaluación del conjunto de los méritos, capacidad e idoneidad del candidato».

VII. ¿A quién corresponde valorar los méritos?

Lo primero de todo: ¿a cuenta de quién corre la valoración de la que corresponde hablar? Aclaración necesaria, puesto que nos encontramos ante una cuestión enturbiada por triquiñuelas legalistas, a las que tampoco es ajeno nuestro Tribunal. Como la siguiente.

1. Se quejaba el recurrente —refiere el TS— de que la valoración de sus méritos (como los del resto de candidatos no elegidos) no se reflejara en el Acuerdo del Pleno. A lo cual replica el Tribunal que: «la misma consta en las propuestas elevadas al Pleno por la Comisión Permanente sin que las normas reguladoras ni la convocatoria exijan que deban figurar también en el acuerdo del Pleno». Y ciñéndose a la valoración del tiempo de servicio activo (sobre el que pivotaba el núcleo de la reclamación), el Tribunal se remite a un pasaje del acuerdo de la Comisión Permanente (donde se puntualiza que «otro/as candidatos/as, además de los propuestos por la Comisión podrían haber sido incluidos en la terna, incluso con una buena o incluso mejor situación en el escalafón») para, de ahí, concluir triunfante que «esa circunstancia revela que el Consejo valoró el tiempo de ejercicio de cada uno de los aspirantes» (FD 5.º). ¡Lo que nos faltaba!

En tan tortuosa y desafortunada argumentación del TS resalta de por sí —obviamente— lo que aparece escrito, pero será más revelador lo que se omite.

A. De entrada, se hace evidente el expeditivo *escamotage* con el que el TS elude el inicial y frontal ataque de la demanda; porque, a las claras está, que el recurrente no cifra su queja en que la valoración del *Pleno* sobre sus méritos no aparezca *precisamente* en el Acuerdo de nombramiento, sino en que la susodicha valoración no figure *en ninguna parte* (cuando, por imperativo legal y reglamentario, en algún lado debería constar).

B. De salida, reluce también el intento del Tribunal por difuminar la diferencia entre el Pleno y la Comisión Permanente con el uso de una genérica y englobante denominación («el Consejo») como si fuera lo mismo el Pleno que la Comisión porque, a fin de cuentas, todo queda en casa y, por tanto, todo es de la casa. Con el agravante añadido de tomar por *valoración* de la antigüedad de *todos* los candidatos («el Consejo valoró el tiempo de ejercicio de cada uno de los aspirantes») una explicación (¿?) destinada a excusar (que no a justificar, porque no aporta razón alguna) haber incluido en la «terna» al más novel de los competidores, dejando fuera de la propuesta nada menos que a 15 de los 22 aspirantes. Y en

cualquier caso, no bastaría con que la Comisión *diga* haber valorado tales o cuales méritos; debe *mostrar* que lo ha hecho, cómo lo ha hecho y con qué resultados. No hay rastro de nada.

C. ¿Y entremedias? Alguien preguntará con extrañeza: ¿pero qué necesidad tenía el TS de coger por los pelos el explicativo (¿?) apunte recién comentado de la Comisión si fuera cierto que —según el propio Tribunal— la valoración («motivación» la llama él) «de los méritos de los candidatos no elegidos(...) consta en las propuestas elevadas al Pleno por la Comisión Permanente»? Justamente ahí radica el enclave de un dato omitido y que, a la postre, desvela la miseria argumentativa de la STS.

No vayamos de ingenuos creyendo que otros lo son o andan mal informados. Estando en juego la cobertura de una plaza que corresponde a la misma Sala que el Tribunal juzgador (a la que, dicho sea de paso, pertenece también el afectado don Dimitry) y con tiras y aflojas previos por determinar cómo quedará conformado el Tribunal para ese caso concreto, doy por descontado que a nadie se le escapaba nada dentro de aquella Sala 3.^a

Y creo que tampoco a nadie la (¿deliberada?) ambigüedad que entraña decir (como el TS): «la motivación (valoración) de los méritos de los *candidatos no elegidos* (...) consta en las propuestas elevadas al Pleno por la Comisión Permanente» (cursivas mías); puesto que por «candidatos no elegidos» cabe entender dos cosas diferentes: los candidatos *no incluidos* en la *propuesta* de la Comisión o los candidatos incluidos en la propuesta pero finalmente *no nombrados* por el Pleno. De los segundos, podría concederse que la relevancia de sus méritos constaba en la propuesta de la Comisión (consistente mayormente en un *volcado* de lo que el candidato propuesto ha consignado en su «relación de méritos»). De los primeros, en cambio, no; de ninguna manera. Nada suyo se acostumbra a mencionar en la propuesta; y ni siquiera ellos mismos suelen aparecer identificados.

Me apresuraré a señalar que el recurrente pertenece al grupo de los no propuestos por la Comisión. La candidatura de don Jesús M.^a fue «re-pescada» por una vocal del Consejo y adjuntada con posterioridad a la «terna» (de siete solicitantes) que la Comisión había seleccionado. Por ende, de sus méritos no había reflejo en la propuesta que la Comisión elevara al Pleno. ¿Será por ello que el TS se viera forzado a buscar, a la desesperada, siquiera un mínimo y lejano e indirecto enganche en la propuesta de la Comisión al que uncir una presunta valoración de los méritos alegados por el impugnante?

2. De cualquier modo, y por explícita y suficiente que sobre el particular hubiera sido la Comisión, téngase presente que el recurso de don Je-

sús M.^a atacaba el *nombramiento* efectuado por el *Pleno*, no la *propuesta* elevada al Pleno por la *Comisión Permanente*. Y las deficiencias imputables a lo primero no se compensan con las suficiencias (aun si fuera el caso) acreditadas en lo segundo. Por al menos tres razones en cadena:

A. Porque eso «supone una transferencia de responsabilidades» del Pleno a la Comisión Permanente; y siendo el Pleno a quien incumbe el *nombramiento*, la valoración de los méritos «no puede ser objeto de cesión a otro órgano no llamado a tomar la decisión» (16).

B. Y menos, todavía, si la Comisión Permanente (al asumir funciones de la extinta Comisión de Calificación) debe actuar —según dispone la LO 4/2013,V.— conforme a «una lógica de selección por criterios *meritocráticos*» (cursivas mías), es decir «con arreglo a los *mismos criterios* que rigen en *cualquier otra materia*» (cursivas mías); en tanto que el Pleno —como remacha nuestro Tribunal— no queda «limitado a convertirse en una mera comisión calificadora de automática y objetiva computación de méritos, excluyéndolo de hacer *valoraciones de conveniencia institucional*, a él confiadas precisamente por razón de su origen, rango y *compleja composición*» (FD 2.º, citando las SSTS de 4 y 7 de febrero de 2011 —cursivas mías—).

C. Precisamente, la diferente complejidad (en su composición) de la Comisión y del Pleno hace que «las condiciones de calidad deliberativa de uno y otro órgano sean muy diferentes»; y que, por ello, sea «el Pleno el que por mandato legal ostenta mayor representatividad y garantiza de mejor manera el pluralismo del Consejo» (17).

En suma: sorprendemos de nuevo al TS entregado a un doble juego según convenga. Si hace falta liberar, a las valoraciones del Pleno, de los rigores de un control meritocrático, se invocan entonces las «amplísimas facultades de valoración y elección en los nombramientos de carácter discrecional que (aquél) efectúa» (FD 2.º). Y si las valoraciones del Pleno no comparecen por ningún lado, se intenta sustituirlas (¡de aquella manera!) mediante una remisión a las valoraciones de la Comisión Permanente (por mucho que meritocráticos en exclusiva hayan de ser los parámetros de su funcionamiento).

(16) Como, con su habitual clarividencia, apuntaba ya hace quince años HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramientos judiciales», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2006, núm. 57; pág. 77.

(17) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La inaplazable necesidad de reforma...», págs. 77-78.

VIII. Una valoración «conjunta» y/o «selectiva»

Sin desmesurar las quejas del demandante, recordemos que en el recurso se achacaba al Acuerdo haber omitido la relación «de los méritos objetivables e *individualizados* de otros candidatos presentados», superiores a los del magistrado nombrado (Antecedente 5.º, cursivas mías).

1. El reproche comprendía dos asuntos diferenciados: en primer lugar, que en el Acuerdo no se enumeraban individualizadamente una serie de méritos objetivables del demandante; y, en segundo, que, respecto de éstos, el candidato nombrado «no resistía comparación alguna» con el recurrente.

De lo uno, nada tengo que agregar a lo ya dicho en el apartado precedente (y creo que no hay vuelta de hoja). De lo otro, en cambio, surgirá una contraofensiva que también se ha vindicado con mucho acopio de lúcidas páginas en otros escenarios proverbiales (los de valoración probatoria), es decir: la prolongación de la *valoración individualizada* (de los elementos de prueba) con una *valoración conjunta* (de aquellos elementos)(18). Entonces, aquí no valen mañas para no entrar en lo que tanto rendimiento promete.

A. Justamente, en dos páginas consecutivas de la STS se insiste en la misma idea. En una se escribe que, según doctrina sentada por la STS 1136/2017, «la *comparación aislada* de méritos no puede negar al Consejo una facultad razonable de *valoración del conjunto* de todos ellos o *establecer la preferencia de uno o de alguno* respecto de los demás» (FD 3.º, cursivas mías). Postura en la que persevera el TS cuando, tras pasar página, recalca que «una *comparación aislada* de méritos, como la que se propone en la demanda, no niega al Consejo General del Poder Judicial una razonable facultad de *valoración del conjunto* o *una preferencia de uno o algunos* de los méritos alegados» (FD 4.º, cursivas mías).

Por si en estos pasajes transcritos hay a lo peor detalles de entendimiento impreciso, será oportuna alguna que otra puntualización.

- a) La valoración conjunta no sirve de burladero para eludir las desigualdades que depara la comparación individualizada. Y, sin embargo, tengo la sensación de que la STS se refiere a ésta última de una manera un tanto asordinada. Digámoslo alto y claro: allí donde una

(18) Aunque con una modalidad diferente a la aquí prospectada. Por ejemplo, en el ámbito penal, la dialéctica argumentativa funciona en términos de «*todo o nada*» (culpable/no culpable) y el método empleado es el de la *falsación*; en tanto que, en el terreno que ahora pisamos, la dialéctica argumentativa que impera es la del «*más o menos*» (más idóneo/menos idóneo), la cual tiene como eje el método de la *comparación*.

candidatura presente los mejores registros en todos y cada uno de los capítulos a considerar (conveniencia institucional, excelencia, antigüedad, méritos complementarios) se hace baldía una valoración de conjunto. De no ser así (lo más común), la valoración conjunta se convierte entonces en un método exigible (a modo de síntesis para superar la confrontación entre un candidato con méritos que un segundo no tiene, y éste con otros méritos de los que el primero carece).

- b) En situación tal, la valoración conjunta se convierte en la *segunda* (si bien la más decisiva) de dos etapas que *trasciende* a la comparación aislada, pero la supone y queda condicionada por ésta; no es una ruta *alternativa* a la comparación aislada y que por tanto pueda *desentenderse* totalmente de ella dejando sin resolver los problemas que en ésta han aflorado.
- c) Y, derivadamente, de ahí se sigue que el criterio-guía de la valoración conjunta es la *consistencia* (el vigor de los elementos, la proporcionalidad de los mismos, el mutuo refuerzo de unos con otros, la recíproca compensación entre ellos, etc.); no el de un heterogéneo *montón* (cuyo peso quedara a merced de la impresión).

B. Bien. Ahora ya estamos en disposición de aterrizar en la designación de don Dimitry y examinar el decisivo papel que en ella supuestamente desempeñó la «valoración conjunta» efectuada por el CGPJ; protagonismo que el propio TS remarca cuando dice: «La motivación (del CGPJ) pone de manifiesto en forma extensa y detallada el alto grado de excelencia que concurre en el candidato que, en una *valoración conjunta* determinó el nombramiento, lo que entra en el margen de valoración discrecional del Consejo» (FD 5.º).

¿De qué modo se llevó a cabo la tan determinante «valoración conjunta»? Es pregunta de obligada respuesta. Porque, aun si se concediera que el uso (y/o la abstención) de «una valoración conjunta» «entra en el margen de valoración discrecional del Consejo» (como pretende el TS), una vez puesta aquélla (la valoración conjunta) en marcha, bajo ningún concepto es ya discrecional si sacar a la luz cómo actúa ésta o si, a la inversa, jugar al escondite con ella. Explicitar y explicar el uso efectivo de una facultad discrecional no queda ya a merced de la discrecionalidad; es de cumplimiento obligatorio.

Y pareciendo que el TS está por la labor, hete aquí que nos sorprende con un monumental fiasco. En efecto, tras confirmar que «la motivación del acuerdo recurrido satisface de forma adecuada todas las exigencias que dimanen de nuestra jurisprudencia», reconoce que —en el Acuerdo— todos los méritos (de don Dimitry) que refrendan «el criterio de excelen-

cia en el ejercicio estricto de las funciones jurisdiccionales como en los aspectos complementarios, *se enumeran en forma prolija y separada*» (FD 5.º, cursivas mías). Efectivamente, eso es justo lo que se hace en el Acuerdo del Pleno. Pero ¿dónde queda, entonces, la «valoración conjunta»?

El TS ha confundido lastimosamente una (holista) *valoración conjunta* con el *conjunto de valoraciones* (atomistas) que el Acuerdo del CGPJ ejemplifica de manera insuperable. Y atrapado en esa espectacular equivocación (de la que no parece consciente), el TS piensa que la manera más fehaciente de verificar el valor de un «conjunto» consiste en el recuento, uno por uno («en forma prolija y separada»), de los elementos individuales que han ido configurando el montón. ¡Inaudito!

Y más, aún, si reparamos en que el TS no expresa la menor objeción a que la candidatura de don Dimitry haya sido, en exclusiva, la única beneficiaria de tan pintoresca «valoración conjunta». ¿Por qué no las demás? Ocasión habrá de volver sobre ello.

2. Hemos leído en la STS que la «doctrina» (no una intuición puntual) del TS abre la puerta a otra opción diversa de la «valoración conjunta»; a saber: que el CGPJ *prefiera uno (o unos) sobre otro (u otros)* entre los distintos tipos de méritos alegados por los solicitantes.

A. En su legítimo derecho está, creo. Pero a condición de:

- a) Que el Pleno identifique previamente de qué clase serán los méritos preferidos.
- b) Que la preferencia respete la prelación de méritos establecida en el Reglamento y en la convocatoria (p.ej. los que confirman la «excelencia» sobre los que certifican la «antigüedad», los jurisdiccionales antes que los complementarios, etc.).
- c) Que se exponga el porqué de la preferencia (aunque esto último sería más propio de la «justificación» que de la «valoración»).

B. Pues bien, el Pleno había atrapado al vuelo la ocasión que brindaba la doctrina del TS. Y en las postrimerías de su Acuerdo, tras azucararles la mala noticia a los postergados (o sea «sin dejar de reconocer la indudable valía y calificación de todos los candidatos»), leemos que «el Pleno ha considerado que (don) Dimitry(...) reúne al mismo tiempo *una serie de méritos* que, si bien *otros* candidatos pueden *acreditar aisladamente, no concurren conjuntamente* en ningún otro, resultando, en consecuencia, como el más idóneo y destacado para el desempeño de la plaza convocada» (cursivas mías).

Colofón que inevitablemente nos deja un regusto desdichado.

- a) Porque no se ha *predeterminado* de qué clase van a ser los méritos preferentes que han de concurrir en el candidato ganador y que, sin buscarlo, caerán después del lado de quien sea.
- b) Porque, ni siquiera después, se han *definido* los precisos méritos tenidos en cuenta ni su jerarquía.
- c) Porque, a lo que literalmente parece, son *flotantes* los méritos sobre los que pivota la comparación de don Dimitry con este, ese, aquel o el de más allá de los competidores (es decir a la carta: respecto de uno, quizás lo que presumiblemente haya aprendido don Dimitry siendo Letrado en el Tribunal de la UE; respecto de otro, a lo mejor la proximidad con la jurisprudencia del TS al haber dirigido su Gabinete Técnico; respecto de un tercero, tal vez haber sido ponente de tres mil y pico sentencias; y así sucesivamente). El denominador común de los variopintos méritos que marcan la diferencia entre don Dimitry y cualquier otro de los solicitantes, es que —con independencia de cuál sea el mérito— don Dimitry lo tenga y el otro no.
- d) Porque, por la misma regla, entonces cualquier otro de los candidatos superaría a don Dimitry. Seguro que todos y cada uno de ellos tiene algún mérito del que don Dimitry carece (o éste lo tiene en grado inferior).

¿Habría alguna salida para salvar siquiera la apariencia de imparcialidad en el nombramiento de don Dimitry? No, desde luego, la ensayada por el CGPJ (con la anuencia del TS). Veamos por qué.

3. El Pleno no toma como separados los dos senderos que ofertaba la doctrina del TS («valoración conjunta» o «preferencia por algún(os) mérito(s) sobre otro(s)») sino los dos de manera combinada. Estamos ante una estrategia bifásica.

La primera fase es *defensiva*. Se trata de mostrar que don Dimitry *no es menos* (idóneo) que otros candidatos por mucho que éstos posean algunos méritos aislados más (o en mayor grado) que aquél, puesto que los méritos, por encima de su comparación aislada, pueden (o han de) ser objeto de una *valoración conjunta*.

La segunda fase es *ofensiva*. Tiene por finalidad valorar que don Dimitry *es más* (idóneo) que cualquiera de sus oponentes porque, respecto de todos y cada uno de éstos, acredita algún mérito particular que el Pleno considera *preferente*.

Nótese que, según aproveche a los intereses de don Dimitry, el Pleno arrincona inicialmente la comparación aislada de los individualizados méritos (aportados por los solicitantes) en beneficio de su valoración conjunta, para después recuperarla con todos los honores en detrimento precisamente de la valoración conjunta. ¡Sorprendente viraje!

Eso sí, a la hora de la verdad no hay ni *valoración conjunta* (sino simple *enumeración* de méritos individualizados que *se juntan*), ni precisión de qué méritos individuales (ni por qué) van a ser destacados como *preferentes*. Todo ello permanece colgando de la indefinición.

Y, como cima de todas las empinaduras, el Pleno condena a los posibles recurrentes a la indefensión, a dar palos de ciego, pues éstos ignoran (y nada digamos la ciudadanía) cuáles de sus méritos han sido engullidos y cómo —para fusionarse en uniforme puré— por el túrmix de una presunta valoración conjunta; así como por qué son menores sus merecimientos en relación con los del candidato designado. En una palabra: el Pleno ha eludido la *comparación*.

IX. La indispensable valoración «comparativa»

De eso se quejaba, perpendicularmente, el recurrente cuando denunciaba que «el acuerdo (del Pleno) no ofrece el más mínimo contraste curricular (de don Dimitry) con los demás candidatos» (según consta en el Antecedente 5.º).

1. Aunque la representación de don Dimitry replicará que: «*aun no siendo necesario*, el acuerdo evidencia una *mecánica comparativa* de los méritos del codemandado con los demás candidatos, como acontece con el número de sentencias dictadas». Y añadirá que «la motivación es exhaustiva con relación al candidato, no se fundamenta en un solo dato o circunstancia y, en el marco de la excelencia jurisdiccional, *detalla la valoración de méritos concretos* que además *analiza comparativamente* desde el momento que advierte que otros candidatos los “pueden acreditar aisladamente” pero que “no concurren conjuntamente en ningún otro”» (Antecedente 11.º, cursivas mías).

Si bien son colaterales, para los fines de mi comentario, las escaramuzas a que dan lugar los desahogos del Abogado del Estado y del codemandado respectivamente, sin embargo las contestaciones de este último adquieren un significativo valor añadido por cuanto, no sólo transpiran la cultura (nominalista y autocrática) del recién llegado a la Sala 3.ª (y que contribuirá al afianzamiento de una línea doctrinal ya instalada dentro de ésta), sino también forman parte del argumentario que nuestro Tribunal opondrá (ya lo vimos) a las pretensiones del demandante. Por eso entro a discutir las.

A. Parece que bastaría al Pleno pronunciar (o escribir) el *nombre* de «comparación» (u otra expresión que lógicamente la implique) para tener por sentado que tal comparación ha sido *efectivamente realizada*; y para

presumir que la comparación —viniendo de una potestad discrecional ejercida por un órgano constitucional, nada menos— se ha efectuado con total *corrección* (y entonces no ha lugar a cuestionarla).

- a) Objetivamente, es indudable que la alusión al «número de sentencias dictadas» por el codemandado (respecto de otros aspirantes más veteranos) (19) supone alguna comparación previa. No obstante, juzgue quien haya leído el Acuerdo si de verdad estamos ante una comparación medianamente *rigurosa* (20) o, más bien, ante la estratagema de anticipar una objeción que se ve venir inevitable para recibirla con un capotazo taurino y luego no afrontarla en serio (como si ya hubiese sido toreada y vencida). Y si comparación hubo, ésta —además de genérica— se redujo, en plan defensivo, a un aspecto en el que, de primeras, la candidatura de don Dimitry llevaba ostensiblemente todas las de perder.
- b) Visto lo cual, llena de pasmo leer que, «como acontece con el número de sentencias dictadas», «el acuerdo evidencia una *mecánica comparativa* de los méritos del codemandado con los de los demás candidatos» (cursivas mías). Porque siendo la *reiteración* y la *regularidad* los connotandos de los procedimientos *mecánicos*, tropezamos aquí con una antagónica muestra caracterizada justo por lo contrario del automatismo: la *eventualidad* y la *excepcionalidad* (es decir: sólo se compara una vez y una sola cosa).

B. A un mensaje igualmente engañoso pueden inducir otros pasajes que he resaltado en cursiva. Por ejemplo:

- a) Si bien el Acuerdo «*detalla* la valoración de méritos concretos» (de don Dimitry), eso no implica que también los analice *comparativamente al detalle*. Porque los méritos de aquéllos con los que se compararían los de don Dimitry no sólo *no se detallan* en el Acuerdo, es que *ni se mencionan* siquiera.
- b) Por si algo faltara todavía, estaríamos ante una *comparación trucada* (en cuanto asimétrica), orientada sin ningún disimulo a retener en exclusiva qué méritos tiene don Dimitry que los competi-

(19) Me remito a la literalidad del Acuerdo que dice: «Desde la perspectiva de la experiencia jurisdiccional, Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda acredita haber dictado más de 3.300 sentencias, lo que supone una ratio de sentencias por año en activo de las más altas entre los distintos candidatos incluidos en la propuesta e, incluso superior —en términos totales—, a la que candidatos con mayor antigüedad en la carrera judicial, acreditan haber dictado».

(20) Es decir: *individualizada* —para cada aspirante— y lo bastante *precisa* —en orden a mostrar, desde la perspectiva de la «experiencia jurisdiccional», cómo y en qué proporción se compensa la menor antigüedad con un mayor número de sentencias dictadas—.

dores no tengan; omitiendo preguntar, a la recíproca, qué méritos tienen los otros competidores que don Dimitry no los tenga. Sólo es legítima la comparación en ambas direcciones. ¿Dónde queda, si no, el valor constitucional de la igualdad?

- c) Pero que sea, también, comparación de entidades de clase equivalente; o sea: bien entre *méritos individualizados* de unos y otros o bien entre *valoraciones conjuntas* de los méritos de unos y otros (de la que, por cierto, no hay el menor asomo en el Acuerdo).

A tenor de lo apuntado, resulta cómodo detectar cuáles son los vicios que han infamado en el Acuerdo (y con el respaldo del TS —no se nos olvide—) lo que debiera haber sido una comparación correcta.

2. Ahora bien, ¿por qué someter a torturas rigoristas a una operación (la comparación) que *no es necesaria*? Porque, en efecto, el párrafo que llevo criticando empezaba por ahí. Refiriéndose al codemandado decía la STS: «Cree que, *aun no siendo necesario*, el acuerdo *evidencia una mecánica comparativa*» (Antecedente 11.º, cursivas mías). ¿Qué no es necesario: la «mecánica comparativa» o ponerla en «evidencia»?

Algo próximo a esto, pero no idéntico, es lo que sostendrá el propio Tribunal cuando resuelve que «las normas reguladoras ni la convocatoria exigen que deban *figurar* también en el acuerdo del Pleno» «los méritos de los candidatos no elegidos» (FD 4.º, cursiva mía).

Por eso, para no dejar cabos sueltos, deberíamos advertir que el segmento «*aun no siendo necesario*» puede referirse hasta a tres cosas diversas: una, no es necesario que *haya* una mecánica comparativa; dos, no es necesario *evidenciar* que haya existido una mecánica comparativa; y, tres, no es necesario que la evidencia de la mecánica comparativa *figure* en el Acuerdo. Cada una de ellas comportará una consideración por separado.

A. La primera merece un categórico rechazo porque entraña una contradicción lógica. Una valoración comparativa (como la paladinamente expresada en el Acuerdo cuando se afirma que don Dimitry es «el candidato *más* idóneo y destacado») *necesariamente* ha de basarse en una comparación previa (21). De ésta jamás podrá decirse, por tanto, que no es necesaria.

Y la valoración comparativa que enuncia el Acuerdo no es un método que maneje *ad libitum* el Pleno, sino exigido —en cuanto el único compatible— por los parámetros constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (como oportunamente se insiste en el VP). ¿O alguien conoce algún otro?

(21) Luminoso, al respecto, el artículo de ATIENZA, M., «Discrecionalidad y juicios comparativos», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2008, núm. 61.

B. Malparada también queda la segunda, ahora por exclusivas razones garantistas. Cuando entran en juego intereses individuales constitucionalmente protegidos (como es el caso), las personas afectadas tienen derecho a *conocer* cuáles son «los criterios cualitativos de evaluación que han sido seguidos para comparar a los candidatos en una misma clase de mérito o capacidad y, tras esa comparación, apreciar el mayor nivel que concurre en cada uno de ellos» (como observa el VP) o de los méritos apreciados en su conjunto de todos los aspirantes (puntualizo yo).

Todo ello debe quedar manifiesto. De lo contrario, se deja abierta la puerta de par en par a una más que *posible* (e incontrollable) arbitrariedad del órgano decisor y a una *segura* indefensión de la parte contrariada (o al menos condenada a cargar inversamente con una especie de «*probatio diabolica*» (22)).

C. Concerniente a la tercera, la respuesta pide alguna matización. En efecto, en ningún precepto se prescribe que la comparación deba figurar en el texto del Acuerdo. Pero en algún lado deberá dejarse constancia documental de aquélla por ser de cumplimiento inexcusable; si no es en el Acuerdo, en algún anexo que se adjunte al mismo (al igual que la relación de hechos probados en una sentencia de Tribunal de Jurado remite al objeto del veredicto cumplimentado por los jueces legos, acta que se une a la sentencia). En cualquier caso, es asunto que corre de la cuenta del Pleno. O sea, cualquier solución menos el emboscado *quid pro quo* con el que nuestro Tribunal permite al Pleno zafarse de una tarea obligatoria.

X. Una motivación fallida

1. Todas las *resoluciones motivadas* comprenden dos parcelas diferentes. Una destinada a la *decisión*; sea una decisión sectorial (como puede ser una decisión interpretativa o una decisión sobre hechos probados o una decisión sobre consecuencias jurídicas) o bien una decisión global (en la que confluyen las decisiones sectoriales). Y la segunda está reservada a la *motivación* de la respectiva decisión (de ahí que haya motivaciones sectoriales y motivaciones globales).

2. A su vez, la *motivación* (sea sectorial o global) se nutre de dos clases de ingredientes: de *datos* (p.ej. elementos de prueba) y de *razonamientos* (p.ej. inferencias probatorias). Por eso, en ella cabe distinguir

(22) Y casi siempre abocada al fracaso con el usual pretexto de «lo que usted pretende es sustituir la valoración del órgano decisor por la suya propia».

una parte *informativa* y otra parte *argumentativa*(23). La segunda es deudora de la primera: sin datos, los razonamientos quedarían suspendidos en el vacío.

A. De ahí que, ante todo, apremie verificar si en la parte informativa (de la motivación) se *consignan* todos los datos relevantes (a favor y en contra) o si, al revés, se *omiten* algunos o se *inventan* otros o se *tergiver-san* unos terceros.

B. Por lo que concierne a la parte argumentativa, ésta habrá de ofrecer los argumentos que *acreditan* el valor de los datos, los nexos racionales que *conectan* unos datos con otros, los que *confrontan* (o comparan) unos datos con otros (o unos conjuntos de datos con otros) y, finalmente, los que *justifican* todos los puntos de los que consta la parte decisional de la resolución.

3. Haciendo el recorrido a la inversa, y si pasamos lista a cuanto se nos ofrece en el Acuerdo del Pleno, se comprueba que su motivación es notoriamente fragmentaria.

A. Al punto de que justifica como mucho sólo la *mitad* (y la *menos importante*) de la decisión adoptada; la proclamada ya en los renglones iniciales del Acuerdo, a saber: que «la trayectoria profesional de Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda acredita sobradamente su *aptitud e idoneidad para ser promovido* a la máxima categoría de magistrado del Tribunal Supremo» (cursivas mías). Pero falta la *otra mitad* (la *más importante*), precisamente aquélla en la que se concentra el objeto del recurso, la relativa a que don Dimitry sea —como zanja el Pleno— «el magistrado *más idóneo* de entre todos los solicitantes para el desempeño de la plaza convocada» (cursivas mías).

Lo peor de todo está en la deferencia retórica (y reveladora de una cultura preconstitucional) con la que nuestro Tribunal avala la completitud de motivación tan manifiestamente mutilada cuando escribe: «La *motivación* pone de manifiesto en forma extensa y detallada *el alto grado de excelencia que concurre en el candidato* que, en una valoración conjunta determinó el nombramiento, lo que entra en el margen de valoración discrecional del Consejo, por lo que *no incurre en déficit alguno* de motivación» (FD 5.º, cursivas mías). No creo que, a estas alturas, sea necesario insistir en que el *resultado* de una *valoración conjunta* también ha de *jus-*

(23) Cfr. IACOVIELLO, F.M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto, motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013; págs. 344-348.

tificarse; lo mismo que el resultado de la *comparación* entre las valoraciones conjuntas de todas las candidaturas.

B. El discurso del Pleno aparece desequipado de un mínimo aparato *argumentativo*. Al margen de que no hay argumentos que expliquen qué valor preciso se confiere (y por qué) a los variados y desiguales méritos de don Dimitry, tampoco se aporta un solo razonamiento que muestre cómo se evalúan todos ellos de forma conjunta, ni cómo se confrontan todos ellos —tanto individual como conjuntamente— con los méritos alegados por todos y cada uno de los competidores, ni cuál haya podido ser la justificación racional de un juicio comparativo sin una adecuada comparación.

C. Carencias argumentativas imposibles de subsanar la mayoría si, como sucede en el Acuerdo, falta lo más básico: *las informaciones*. Sin ellas, no hay argumentaciones que valgan. Y ya se ha visto cómo los datos que reflejan los méritos y capacidades de los otros contendientes han sufrido el destierro del más ominoso silencio. De ahí que los criterios de mérito y capacidad no pasen de ser «una ritual fórmula ayuna de referente empírico susceptible de concreta determinación», «por lo que cualquiera de aquéllos *genéricamente idóneo*, puede ser travestido de *el más idóneo*, a conveniencia, en uso de tal descomprometido arte de birlibirloque» (24).

XI. Referencias bibliográficas

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos: ¿discrecionalidad o *libertinaje*?», ahora en la sección «Apuntes» de la revista *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2020, núm. 98.
- ATIENZA, M., «Discrecionalidad y juicios comparativos», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2008, núm. 61.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J., «Del formalismo a la argumentación: la formación judicial en el Estado constitucional», en *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Sobre las buenas prácticas para la impartición de la justicia*, Instituto de Justicia Federal, Ciudad de México, 2018.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramientos judiciales», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2006, núm. 57.
- IACOVIELLO, F.M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto, motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013.

(24) ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos...», pág. 148.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., «¿“Avasalla” la Sala 3.ª del Tribunal Supremo al Consejo General del Poder Judicial? (De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2016, núm. 106.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., «La motivación en los nombramientos para magistrados por el 5.º turno», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2019, núm. 113.