

INFORME DE LA PCIJ SOBRE EL NOMBRAMIENTO DE DIMITRI BERBEROF COMO MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia dictada por la Sala III del Tribunal Supremo el 11 de junio de 2020 (Rec. 423/2018) parte de la premisa de que las potestades de nombramiento por el Consejo General del Poder Judicial de un magistrado del Tribunal Supremo se sujetan a un control de discrecionalidad no equiparable al control de discrecionalidad de un simple órgano de la Administración Pública porque el Consejo es un órgano previsto en el artículo 122.2 de la Constitución que actúa en el ejercicio de una función peculiar.

La sentencia aborda que los magistrados del Tribunal Supremo son nombrados para cargos profesionales, por lo que el Consejo debe cumplir en la elección los principios de igualdad, mérito y capacidad. El único elemento reglado es la antigüedad, que se establece en la base 1ª de la convocatoria, referida al tiempo de ejercicio en la carrera judicial, en la jurisdicción contenciosa y en órganos colegiados. Una vez cumplido el elemento reglado, la sentencia indica que el Consejo hace la valoración preferente del “grado de excelencia alcanzado en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional” y finaliza con la valoración de conveniencia institucional. El control judicial de la discrecionalidad se centra en examinar que la motivación de esta valoración es suficiente.

El Supremo reconoce que el Consejo elegirá a quien quiera porque el filtro definitivo que decide el nombramiento es la valoración “de conveniencia institucional” de la que viene hablando desde su sentencia de 2010. La conveniencia institucional debe estar relacionada con el desempeño del puesto de juez del Tribunal Supremo y su especial responsabilidad —no la confianza pues no hay superior ni jerarquía—, lo que conduce a los méritos jurídicos, pero también a una inespecífica “amplia variedad de elementos” de entre los que el Consejo puede “acoger cualquiera de ellos para decidir”, según señalaba en la sentencia de 1 de junio de 2012.

Aun asumido ese margen de libertad, la adecuación para el puesto en una libre designación

también puede y debe estar baremada; pero el Tribunal Supremo lo omite para centrarse en la motivación.

Llegados aquí, es importante destacar que la motivación es una mera excusa y que puede y debe existir un baremo.

La motivación bastante permite al Tribunal Supremo anular un nombramiento para que se vuelva a motivar un poco “mejor” y nada cambie, o bien no anular o bien retrotraer las actuaciones; y, a veces, las pocas, decidir sobre un nombramiento. En esta sentencia, además, el Tribunal Supremo, es muy benigno. Acepta la motivación *in aliunde*, es decir, la valoración de los méritos de los candidatos no elegidos hecha en el expediente; presupone que los candidatos son excelentes por figurar en la terna, en función de los hitos de su curriculum; y acepta que la gradación de la excelencia se realice por valoración conjunta de los diferentes hitos curriculares del elegido.

¿Y la adecuación al puesto en función de los requisitos de desempeño y la especial responsabilidad? No hace esta valoración, y tampoco aplica un baremo.

Hasta ahora el Tribunal Supremo ha venido señalando que la ley no exige un baremo de méritos, esto es, una cuantificación objetiva de cómo se mide con un indicador de 0 a 10 cada criterio o parámetro, sino que basta con la exposición de estos criterios o parámetros a valorar y, sobre todo, con la aplicación concreta que conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato sobre los demás. En esto se centra propiamente la exigencia de motivación (v.g. STS 3/12/12).

Pero, en este caso, el Tribunal Supremo va más allá porque para elegir a Dimitri Berberoff entiende suficiente motivar la elección atendiendo a la excelencia reglada: que Berberoff tiene un excelente curriculum.

Desde esta perspectiva, todos los candidatos lo tienen. Pero se prescinde de otorgar una puntuación específica a cada uno, que seguramente no sería igual.

La sentencia tendría que haber sido muy distinta. Debería haber recordado que un baremo

de méritos permite controlar la asignación de puntuación en cada parámetro y no solo evaluar la capacidad del aspirante para desenvolver el desempeño del puesto y la especial responsabilidad que requiere, sino también someterlo a comparación con otros aspirantes en un procedimiento transparente.

En los procesos de concurso, el control judicial de la motivación es técnica de control suficiente porque el propio procedimiento selectivo genera herramientas para conducir a la Administración lejos de la decisión arbitraria, (requisitos de participación, temarios, pruebas específicas de aptitud, nota de corte, etc). Pero, en los procesos de libre designación, el control es insuficiente porque no hay nada de esto como instrumento de contención.

De hecho, los requisitos de participación de la convocatoria permitían participar en el proceso selectivo a todos los jueces con categoría de magistrado con más de quince años en la carrera y diez de magistrado. Unos dos mil podían haberse presentado, incluido Berberoff; sin embargo, lo hicieron menos de cincuenta, precisamente porque se rumoreaba que podría salir Berberoff. En cuanto a los requisitos o criterios de valoración, ni siquiera se precisa cuál tendrá más peso ni cuál será mérito complementario ni cuál preferente ni qué sucedería en caso de paridad entre aspirantes. No determinan las bases si existe una prioridad ponderativa, es decir, si el hecho de que un candidato tenga más méritos de una clase que el resto de aspirantes será preferido frente a los aspirantes con méritos de otra clase diferente. Tampoco indica si la ponderación de conjunto prevalece sobre la ponderación por orden de prioridad.

Es decir, las propias bases facilitan que la potestad discrecional sea ejercida de forma arbitraria.

Frente a ello, existen soluciones y el objetivo de la PCIJ desde hace tiempo es recordarlas. Una consiste en publicar en las bases un baremo que objetive la puntuación de los parámetros que el CGPJ vaya a valorar y someta a puntuación cada candidato. Otra mejor aún es que se establezcan en una norma previa, general y pública, los criterios objetivos, la

puntuación y los requisitos de evaluación para el nombramiento.

Esta última coincide con la recomendación VI, parágrafo 42, que efectúa el Grupo de Estados del Convenio Europeo contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa a España, en el informe de la cuarta ronda de evaluación de 21 de junio de 2019, en relación al desarrollo que efectúa el Consejo del art. 326.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para el nombramiento de altos cargos judiciales españoles.

Ha llegado el momento de perder la inocencia. El control judicial de la discrecionalidad técnica basado en la exigencia de motivación genera arbitrariedad con la que el Tribunal Supremo se corrompe y contamina los nombramientos.