

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. R. PARADA VÁZQUEZ

La segunda descentralización:
del Estado autonómico al municipal

G. ARIÑO ORTIZ

El enigma del contrato administrativo

**R. BOCANEGRA SIERRA
y J. GARCÍA LUENGO**

La potestad de dictar actos administrativos
como intromisión en la libertad

F. J. VILLAR ROJAS

La concesión como modalidad de colaboración
privada en los servicios sanitarios y sociales

M.^a R. ALONSO IBÁÑEZ

Extensión y límites del control por el Tribunal
Constitucional de las resoluciones judiciales
que afecten a los derechos fundamentales

172

Madrid
enero/abril
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 172,
Madrid, enero/abril (2007)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

Vocales:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
JOAQUÍN TORNOS MAS

I. CONCEPTO DE REGLAMENTO Y PROCEDIMIENTO PARA SU ELABORACIÓN: LA ANULACIÓN DEL REAL DECRETO POR EL QUE SE TRASLADÓ LA SEDE DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como es sabido, dada la gran repercusión mediática que han tenido, dos sentencias distintas del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006 (recursos contencioso-administrativos núms. 51/2005 y 53/2005, interpuestos, respectivamente, por un grupo de trabajadores afectados y por la Comunidad Autónoma de Madrid, con argumentos similares) han declarado la nulidad de la disposición adicional única y la disposición final primera del Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre, en virtud de las cuales se acordó el cambio de sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de Madrid a Barcelona. Discrepamos de dicha anulación, por las razones que luego se dirán.

Denegada mediante Auto de 27 de enero de 2006 la —en nuestra opinión, razonable— acumulación de ambos recursos solicitada por el Abogado del Estado, las dos SSTs tienen unos ponentes y una redacción distintos, si bien los argumentos de fondo manejados en una y otra coinciden en lo sustancial. Una y otra presentan también los mismos votos particulares, suscritos por un total de quince Magistrados. De los tres votos particulares existentes, sólo el formulado por el Magistrado Peces Morate cambia de una sentencia a otra. En cuanto al fallo, no tiene el mismo alcance, en coherencia con el distinto *petitum* de los recurrentes: mientras la STS correspondiente al recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid declara la nulidad tanto de la disposición adicional única como de la disposición final primera del citado Real Decreto, la STS dictada sobre el recurso núm. 51/2005 sólo anula la primera de ambas disposiciones.

Según la referida disposición adicional única: «1. [1]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, organismo público de los previstos en el apartado primero de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, pasa a tener su sede en Barcelona. 2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus com-

petencias, adoptará mediante Acuerdo, las medidas necesarias para que el cambio de sede se produzca a lo largo del año 2005». A su vez, la disposición final primera señalaba que «[s]e faculta al Ministro de Industria, Turismo y Comercio, en el ámbito de sus competencias, a desarrollar lo establecido en la disposición adicional única de este Real Decreto».

El Tribunal anula tales disposiciones no por motivos de fondo, sobre los cuales no se pronuncia, sino por razones procedimentales, al considerar insuficientes tanto la memoria justificativa —de la necesidad y oportunidad del traslado— como la memoria económica —sobre la estimación del coste a que el mismo dará lugar— elaboradas por el Gobierno en apoyo de su decisión, y que resultaban exigibles, al tratarse —siempre según el Tribunal— de un Reglamento organizativo sometido a las prescripciones procedimentales del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

La memoria justificativa motivaba la necesidad y oportunidad del traslado en los siguientes términos: «la sede de la CMT no está expresamente regulada en una disposición de carácter general, se trata de un aspecto que se refiere a una cuestión de mera organización y que se regula conforme a lo previsto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en relación con organismos públicos. El cambio de sede se enmarca dentro de la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías respecto de entidades públicas cuyas funciones permitan una actuación independiente de los Departamentos Ministeriales, permitiendo así su ubicación en otras áreas del territorio español». A su vez, la memoria económica señalaba que «respecto al traslado de la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en este momento no es posible cuantificar el incremento de gasto público que pueda generar, al requerirse, en primer término, de una compleja negociación con el personal de la CMT para determinar su traslado y las eventuales compensaciones económicas que pudieran plantearse. Asimismo todavía no se ha determinado el inmueble que ocupará la CMT en Barcelona y por tanto se desconoce la exigencia económica que pudiera conllevar. Teniendo en cuenta que el presente Real Decreto remite a un momento ulterior el efectivo traslado de la CMT, mediante el Acuerdo que deba adoptarse a lo largo de 2005, será en dicha fase cuando pueda cuantificarse el incremento de gasto público».

A juicio del Tribunal, de la memoria justificativa transcrita no se deduce la necesidad del traslado de la sede de un órgano como la CMT (creado tras la Constitución y estando ya en vigor, pues, el Estado de las Autonomías) a otra ciudad, ni que dicha ciudad deba ser precisamente Barcelona. En cuanto a la memoria económica, prescinde de toda estimación del coste a que dará lugar el traslado, cuando dicha estimación habría sido relativamente sencilla dentro de unos márgenes determinados. Por todo ello, considera que el cumplimiento del referido artículo 24 de la Ley del Gobierno ha sido puramente formal, y que la Administración ha actuado con precipitación, privándose de los datos que hubieran podido poner de relieve el acierto de su decisión.

El Tribunal niega, en cambio, todo efecto anulatorio al hecho de que no se recabara ni el dictamen del Consejo de Estado ni el dictamen del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. Al tratarse de una norma organizativa, derivada de la potestad doméstica de la Administración, que no establece con carácter general derechos y obligaciones de los ciudadanos y de las Administraciones públicas, el Tribunal considera que tales informes no resultaban preceptivos.

A nuestro modo de ver, dichas sentencias y su fallo anulatorio merecen ser objeto de crítica, pese a que compartamos plenamente la intención última que las inspira, la de conceder la debida importancia al procedimiento de elaboración de Reglamentos y demás decisiones discrecionales de la Administración, erigiéndolo en garantía ineludible del acierto y la legalidad de la actuación administrativa. En efecto, como ha señalado la mejor doctrina española y extranjera de los últimos años, debe superarse la concepción tradicional que relativizaba la importancia de los vicios del procedimiento como vicios meramente formales, y dar a los trámites procedimentales la relevancia que les corresponde en el actual contexto económico-social y científico-tecnológico, en el que no dejan de ampliarse los espacios de la discrecionalidad administrativa. Así lo viene entendiendo, por otro lado, el propio Tribunal Supremo en su jurisprudencia más reciente, como hemos destacado y aplaudido en esta misma crónica (por ejemplo, recientemente, la STS de 2 de diciembre de 2005, comentada por nosotros en el número 170 de esta REVISTA). Coincidimos totalmente con la idea sustancial de que el ejercicio de la potestad reglamentaria, discrecional por esencia, debe ser motivado, y que debe serlo de forma suficiente, congruente y no arbitraria.

Sin embargo, pese a todo ello, no creemos que dichos postulados amparen ni deban llevar a la solución alcanzada por el Tribunal Supremo en el caso concreto que nos ocupa. En este sentido, coincidimos en lo sustancial con el parecer discrepante contenido en el segundo de los votos particulares de ambas sentencias, suscrito por Ledesma Bartret y otros diez Magistrados (y con el que coinciden, también, Trillo Torres y Campos Sánchez-Bordona en el tercero de los votos particulares).

Como se afirma en los fundamentos jurídicos quinto a séptimo de dicho voto particular, no cabe sostener, en primer lugar, que la motivación aducida por el Gobierno en la *memoria justificativa* fuera insuficiente. La breve alusión al Estado de las Autonomías y a la falta de inserción de la CMT en la organización ministerial, situada en el público y notorio contexto político en que se aprobó dicho Real Decreto, era más que suficiente para dar a entender las importantes razones del cambio de sede, una de las decisiones organizativas más relevantes, conocidas, justificadas y legitimadas de los últimos años: en cumplimiento de una moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 14 de octubre de 2004, y atendiendo una petición del Parlamento de Cataluña de 21 de febrero de 2001 unánimemente acordada por todos los grupos parlamentarios, se decide seguir el ejemplo de la Unión Europea (donde las Administraciones independien-

tes que se han creado en los últimos años tienen su sede en distintos Estados miembros), de muchos Estados políticamente descentralizados y de algunas Comunidades Autónomas y trasladar la sede de una Administración independiente como la CMT (no integrada en la organización ministerial y que, por ello, no tiene por qué tener su sede en la misma localidad que aquella) a la segunda ciudad más importante de España en términos demográficos y económicos, para así reforzar la unidad e integración del Estado autonómico español. Si, como suele afirmar el Tribunal Supremo con toda corrección (lo hace de nuevo en la sentencia dictada a instancia del recurso interpuesto por los trabajadores, en el FJ 8.º), una memoria justificativa insuficiente puede ser subsanada en el caso de que consten en el expediente otros documentos que permitan colegir la existencia de una motivación suficiente, nada debería impedir que se tuviera también en cuenta el contexto político en que dicha decisión administrativa se inserta, cuando, como ocurre en casos excepcionales como el que nos ocupa, dicho contexto y las motivaciones políticas subyacentes sean públicos y notorios. Anular una decisión del calado de la contenida en el Real Decreto 2397/2004 porque tales motivaciones, pese a ser perfectamente conocidas (por los propios recurrentes, incluso, al cuestionarlas), no se encuentran desarrolladas de forma exhaustiva en la memoria justificativa, parece una solución realmente desproporcionada, propia de un formalismo excesivo, que desconoce la finalidad y el sentido último del referido trámite del procedimiento de elaboración de Reglamentos.

Algo semejante sucede con la *memoria económica*. Como también se señala en el referido voto particular, dicha memoria cumplía las exigencias legales, al mencionar las únicas partidas susceptibles de verse incrementadas como consecuencia del cambio de sede: el importe de las compensaciones pactadas con el personal para su traslado y el coste del nuevo inmueble que la CMT debería ocupar en Barcelona. Como se señala en la memoria, tales partidas no podían ser concretadas por el Gobierno porque dependían de una serie de actuaciones posteriores (la negociación con el personal y la decisión patrimonial acerca del inmueble que se ocuparía en Barcelona —relacionada esta última con el destino que se diera al inmueble de propiedad de la CMT en Madrid—) que competían exclusivamente a la CMT en cuanto Administración independiente. Cuantificar tales partidas no sólo no era posible en dicho momento, sino que habría supuesto una injerencia inadmisibles en la independencia reconocida a la CMT en materia de personal y de gestión de su patrimonio por el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT). Lo importante, y ése es el sentido de la memoria económica, era que el Gobierno tomara en consideración las repercusiones económicas del traslado, y que dichas repercusiones fueran asumibles por las arcas públicas y proporcionadas al objetivo perseguido con aquél. En cuanto a lo primero, parece claro que el Gobierno identifica correctamente las únicas partidas que pueden comportar un incremento del gasto público; y en cuanto a lo segundo, no cabe duda de que el coste asociado al traslado del personal y

al nuevo inmueble en Barcelona (descontando lo que la CMT obtenga por la venta o arrendamiento del inmueble que ya tenía en Madrid), por muy alto que sea, es perfectamente asumible y proporcionado al importante objetivo de Estado perseguido. De nuevo, pues, nos encontramos ante una interpretación excesivamente formalista y desproporcionada, que desdibuja los perfiles de un determinado trámite procedimental.

Una consideración separada merece la otra gran cuestión de interés que suscitan las sentencias aquí examinadas, la relativa a la calificación de la *naturaleza jurídica* de la decisión de cambiar la sede de la CMT contenida en la referida disposición adicional única. En este punto, nos parece más acertada la postura mantenida por la mayoría del Tribunal que la defendida en los votos particulares segundo y tercero. En opinión de los trece Magistrados que suscriben ambos votos particulares, tal disposición adicional recoge no ya un Reglamento, como sostienen ambas sentencias, sino un *acto singular* de naturaleza no normativa, al agotarse sus efectos una vez se consume el traslado y no incidir en absoluto en el régimen jurídico de la CMT, que sigue siendo el mismo que antes de decidirse el cambio de sede. A nuestro modo de ver, deben distinguirse los dos apartados de que consta dicha disposición adicional: mientras el apartado segundo carece, ciertamente, de carácter reglamentario, el primero sí reviste tal condición.

En efecto, si se parte del concepto de norma (y de Reglamento) manejado por la doctrina y la jurisprudencia administrativistas de nuestro país, basado, como es sabido, no ya en el criterio de la generalidad de los destinatarios, sino en el de la *abstracción* del objeto, criterio que es también el dominante entre los teóricos del Derecho, parece claro que la proposición «la CMT [...] pasa a tener su sede en Barcelona» posee carácter normativo (reglamentario, en este caso). Pese a no emplear el imperativo, por el contexto en que se sitúa dicho enunciado resulta evidente que está ordenando no sólo que la CMT se traslade a Barcelona, sino que no se traslade después a ninguna otra ciudad mientras no se derogue o modifique dicha prescripción. Se trata de un enunciado abstracto, que no se agota con su mero cumplimiento (con el traslado inicial), sino que sigue desplegando eficacia jurídica vinculante mientras no sea derogado: tras su aprobación, ni la CMT ni el propio Gobierno (salvo que apruebe un nuevo Real Decreto derogando o modificando dicha disposición adicional) pueden acordar que la CMT tenga una sede distinta de Barcelona. En este sentido, y salvando las oportunas distancias, se trata de un precepto similar al artículo 5 de la Constitución, en virtud del cual «[l]a capital del Estado es la villa de Madrid». Pese al uso descriptivo del lenguaje empleado en dicho artículo, no cabe duda de que contiene una norma inequívoca, prescribiendo cuál de entre todas las ciudades españolas debe ostentar la capitalidad; sólo tras una reforma constitucional podría trasladarse la capital del Estado a una ciudad distinta.

Cabe entender, por tanto, que dicho primer apartado de la disposición adicional reviste naturaleza reglamentaria. Por su contenido, se trataría de

un Reglamento organizativo, como afirman también, sin mayor fundamentación, las sentencias que aquí se comentan. Tratándose de un Reglamento organizativo de la Administración General del Estado, queda sometido también a las prescripciones procedimentales del artículo 24 de la Ley del Gobierno, como se desprende del hecho de que dicho precepto se refiera expresamente a este tipo de Reglamentos, exonerándolos únicamente del trámite de audiencia —art. 24.1.e) de dicha Ley—. En un plano dogmático y de *lege ferenda*, sin embargo, casos como el presente evidencian la oportunidad de plantear la reconstrucción de la categoría conceptual «disposiciones de carácter general», como se ha sugerido en nuestro país por parte de la doctrina, siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos (como el alemán, donde se encuentra plenamente asentada la distinción entre los Reglamentos en sentido estricto —*Rechtsverordnungen* y *Satzungen*—, aquellos que tienen efectos *ad extra*, sobre la generalidad de los ciudadanos, y las disposiciones normativas administrativas de carácter interno —*Verwaltungsvorschriften*—, dirigidas a producir sólo efectos *ad intra*, en el seno de la organización administrativa); una categoría como la de «disposiciones de carácter general», debido a su amplitud, daría cobijo a una diversidad de tipos de normas administrativas merecedores de un régimen jurídico diferenciado, sin tener que forzar y desnaturalizar conceptos tales como el de «Reglamento» e, incluso, el de «Reglamento organizativo».

Consideramos, en cambio, que el apartado segundo de esta disposición adicional carece de carácter normativo. El enunciado «[l]a CMT, en el ámbito de sus competencias, adoptará mediante Acuerdo, las medidas necesarias para que el cambio de sede se produzca a lo largo del año 2005» encierra, en realidad, un *acto administrativo* carente, por tanto, de carácter reglamentario. Se trata de un mandato *concreto*, cuya eficacia se agota con su cumplimiento: una vez aprobado el referido Acuerdo y producido el traslado a Barcelona, dicho mandato dejará de desplegar efectos jurídicos. Puede discutirse que se trate de un auténtico acto administrativo (en el caso de que se limite dicha noción a los actos jurídicos no normativos con eficacia *ad extra*, como ocurre en Alemania) o que sea, en realidad, debido a su carácter interno, una orden intraadministrativa sin efectos jurídicos directos sobre terceros (lo que en Alemania se denominan *innerdienstliche Weisungen*); pero lo que parece claro es que no se trata de un precepto reglamentario, por mucho que, obviamente, condicione la práctica materialización de la norma que sí contiene el apartado primero de dicha disposición adicional.

Por último, coincidimos también con los referidos votos particulares en que el Tribunal, además de desestimar las alegaciones procedimentales antes abordadas, debería haber entrado en el *fondo* del asunto. Sólo así se habrían despejado las dudas de legalidad material que puedan plantearse y que acaso pudieran servir para que se vuelva a impugnar, esta vez, el Real Decreto 1583/2006, de 22 de diciembre, por el que se establece la Sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en Barcelona, el Reglamento dictado por el Gobierno como consecuencia de la anulación efec-

tuada por las sentencias aquí comentadas, tras subsanar los vicios procedimentales denunciados por éstas.

Al entrar en el fondo del asunto, el Tribunal, a nuestro juicio, debería haber admitido la plena legalidad sustancial de dicho cambio de sede. Contra lo sostenido por los recurrentes, parece difícil discutir la competencia del Gobierno para tomar una decisión política de tanto calado como la contenida en ambos Reales Decretos, que excede con creces del ámbito de independencia reconocido a la CMT, sin comprometerla en modo alguno. En efecto, una cuestión de tanta relevancia política como la de la sede de autoridades reguladoras tan importantes como la CMT no puede escapar de las atribuciones del Gobierno —cuya posición preeminente es reconocida por el propio artículo 97 de la Constitución— y reservarse a la propia CMT; este tipo de Administraciones gozan de independencia en la medida (y sólo en la medida) en que sea necesario para que puedan satisfacer las funciones que tienen atribuidas sin injerencias externas, y la decisión sobre la sede no menoscaba (ni es necesaria para garantizar) tal independencia funcional, a diferencia de otros aspectos como puedan ser la forma de elección y remoción de sus miembros, la gestión patrimonial o su política de personal. La CMT podrá seguir desarrollando sus funciones con plena independencia desde Barcelona; es más, en muchos países es precisamente el reforzamiento de la independencia de este tipo de órganos uno de los argumentos principales manejados para justificar su alejamiento geográfico y que tengan su sede en una ciudad distinta de la capital del Estado. Desde un punto de vista normativo, la competencia del Gobierno para determinar la sede de la CMT se desprende sin dificultad de una interpretación conjunta de la disposición adicional 10.^a y los artículos 67.3 y 63.3 de la LOFAGE, por un lado, y los artículos 46.1 *in fine* y 48.10 de la LGT, por otro, que le reconocen una competencia residual en todos aquellos aspectos no regulados expresamente en la legislación propia de la CMT.

Desde un punto de vista sustantivo, también cobra relevancia el hecho de que el cambio de sede no se acordara de forma inmediata, con los perjuicios que ello habría podido ocasionar a trabajadores y operadores relacionados con la CMT, sino que quedara sometido por la referida disposición adicional a un plazo prudencial de un año; que en dicho plazo se haya llegado a un acuerdo con los trabajadores de la CMT, suscrito por su comité de empresa; y que la CMT lleve ya más de un año trabajando en la nueva sede (el traslado se materializó el 1 de enero de 2006, al denegar el Tribunal Supremo, mediante Auto de 27 de enero de 2006, la suspensión cautelar del Real Decreto 2397/2004 solicitada por la Comunidad de Madrid) sin que ello haya repercutido negativamente en el ejercicio de las importantes funciones que tiene atribuidas (OM y TF).

II. NOMBRAMIENTO DEL PRESIDENTE DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA. ANÁLISIS DEL DEBER DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE DE LOS NOMBRAMIENTOS DISCRECIONALES. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR INFRARREPRESENTACIÓN DE LA MUJER EN LA JUDICATURA

1. *Planteamiento del conflicto: nombramiento del Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

La STS de 27 de noviembre de 2006, teniendo como ponente al Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D.^a Inmaculada contra el Real Decreto 202/2005, de 18 de febrero, por el que se nombró a D. Esteban como Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En consecuencia, el fallo de la sentencia declara la nulidad del citado Real Decreto y retrotrae las actuaciones administrativas a fin de que se cumpla un trámite omitido —el informe de la Comisión de Calificación— y luego se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución motivada.

La demandante fundamenta su recurso en dos motivos de impugnación.

El primero de ellos es la falta de la necesaria motivación, de la que no están exceptuados los nombramientos discrecionales. La propia Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a motivar no sólo los acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sino también los de la Comisión de Calificación que hace la propuesta al Pleno. En consonancia con este argumento, se solicita la anulación del Real Decreto impugnado y que se ordene la realización de un nuevo nombramiento motivado conforme a Derecho.

El segundo motivo es que la decisión del Consejo de preferir a un hombre para ocupar la plaza, teniendo en cuenta la situación de desventaja e infrarrepresentación que tiene el sexo femenino en la judicatura, así como la ínfima representación en los puestos de nombramiento discrecional y en los puestos de responsabilidad, debe encuadrarse en una práctica que constituye discriminación indirecta prohibida por el artículo 14 de la Constitución. En apoyo de esta argumentación, la parte actora aporta una gran cantidad de información estadística que —a su juicio— demuestra la certeza de la discriminación indirecta que se denuncia. En consonancia con este segundo argumento, se solicita que se declare que constituye discriminación indirecta la práctica de nombrar sistemáticamente a los hombres con preferencia y exclusión de las mujeres, sin justificar y en porcentajes tan importantes, condenándose, en consecuencia, al Consejo General del Poder Judicial al cese de dicha práctica.

2. *La motivación en los nombramientos discrecionales. Examen de la posible falta de motivación suficiente*

El Tribunal Supremo acepta el primer argumento impugnatorio, referente a la falta de motivación del acuerdo recurrido. En consecuencia, el fallo declara la nulidad del Real Decreto impugnado y ordena retrotraer las actuaciones al trámite del informe de la Comisión de Calificación (FJ 3). Como justificación de esta decisión, la sentencia considera que basta «repetir las razones que este Tribunal Supremo dio en su sentencia de 29 de mayo de 2006, en la que se anuló por falta de motivación el nombramiento de Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional». Esta sentencia ya ha sido comentada por nosotros (número 171 de esta REVISTA) y a ese comentario nos remitimos.

Discrepó de aquella sentencia y lo hace también ahora de ésta, con reproducción de sus argumentos, un largo voto particular formulado por los Magistrados D. Óscar González González, D. Agustín Puente Prieto, D. Juan Gonzalo Martínez Micó y D. Emilio Frías Ponce. En especial —como también tuvimos ocasión de indicar en el comentario mencionado—, el voto particular cuestiona el hecho de que la sentencia suponga un «cambio radical» (FJ 1 del voto particular) respecto a una consolidada doctrina jurisprudencial en torno a la motivación de los nombramientos discrecionales.

También incide en este punto el voto particular concurrente que formula ahora el Magistrado D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. Aunque comparte el pronunciamiento del Pleno, considera que «deberían introducirse en la fundamentación de la sentencia como *obiter dicta*» algunas «consideraciones jurídicas». La primera de ellas se traduce en subrayar el carácter «más intenso y exigente» del deber de motivar cuando se trate de nombramientos de carácter discrecional: «Los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial deben ser siempre motivados, según dispone el artículo 137.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pero, cuando se trate de nombramientos de carácter discrecional, el deber de cumplimiento material del requisito de la motivación se revela más intenso y exigente, para asegurar el respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad reconocidos y garantizados por los artículos 14, 23.2 y 104 de la Constitución, plenamente aplicables en el ámbito de la promoción profesional de los miembros del Poder Judicial».

3. *Examen de la posible discriminación indirecta por infrarrepresentación del sexo femenino en la judicatura*

Esta segunda pretensión de la parte actora es desestimada por la sentencia al entender que constituye una desviación procesal: «En efecto, solicitada en la primera pretensión no que se nombre para el cargo a D.^a Inmaculada, sino que “se efectúe un nuevo nombramiento motivado

conforme a Derecho”, esta pretensión, que deja en la incógnita el resultado final, es una incertidumbre querida y aceptada por la parte actora respecto de la persona que resultará nombrada, que excluye por sí misma la pretensión que ahora nos ocupa: las pretensiones distintas a la de mera anulación del acto, han de ser conexas y derivadas de ésta, pues cualesquiera otras no tienen cabida en el mismo proceso, y han de comenzar por solicitarse de la propia Administración» (FJ 5).

Dos votos particulares concurrentes abordan esta cuestión. El primero es el arriba citado formulado por el Magistrado D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. Como segunda «consideración jurídica» que, a su entender, debería introducirse en la fundamentación de la sentencia, señala el hecho de que la interpretación armonizadora de un conjunto de elementos normativos y jurisprudenciales «apela a que el poder legislativo, o en su caso el Gobierno, promuevan (...) la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial con la finalidad de garantizar el acceso de candidatas a los puestos judiciales de especial responsabilidad que acumulan funciones gubernativas y jurisdiccionales con la inclusión de cláusulas de acción afirmativa, que permitan corregir la situación de infrarrepresentación originada, entre otras causas discriminatorias, por la prohibición de acceder la mujer a la carrera judicial que fue derogada por Ley 96/1966, de 28 de diciembre (...) y que ha provocado, entre otras consecuencias, que el escalafón judicial esté ocupado en sus tramos superiores exclusivamente por magistrados».

Los elementos normativos que el voto particular desarrolla con detenimiento son los siguientes. De entrada, la prohibición de discriminación por razón de sexo que establece el artículo 14 de la Constitución y el requerimiento que efectúa el artículo 9.2 de ese mismo texto constitucional a los poderes públicos para promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En segundo lugar, la normativa comunitaria, con especial atención a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuyo objeto es promover que los Estados adopten o mantengan medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas del mismo sexo, ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividad profesional o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales.

Y los elementos jurisprudenciales, en los que también se basa el voto particular; son los que a continuación se indican. Por lo pronto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha declarado la conformidad con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres de aquellos preceptos de la legislación nacional de función pública que, en los sectores de la función pública en los que las mujeres estén infrarrepresentadas (en los que se incluyen los funcionarios públicos y

Jueces y Magistrados), en caso de igualdad de calificación entre candidatos de distinto sexo, otorguen preferencia a las candidatas femeninas, siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha norma garantice que los candidatos son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. Y, en segundo término, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, según la cual el artículo 14 de la Constitución comprende no sólo la discriminación directa, sino también la indirecta, es decir, que un tratamiento formalmente neutro derive en un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo, admitiendo la legitimidad constitucional de aquellas medidas de acción positiva cuya finalidad sea favorecer la igualdad real de oportunidades en la promoción profesional y en el acceso a puestos de responsabilidad en la función pública, siempre que se adopten de forma proporcionada y coyuntural para responder a necesidades de corregir situaciones objetivas de desigualdad de hecho respecto de los puestos alcanzados por personas del otro sexo en que se aprecie infrarrepresentación.

Se refiere a esta misma cuestión el voto particular concurrente formulado por las Magistradas D.^a Celsa Picó Lorenzo y D.^a Margarita Robles Fernández. Ambas Magistradas están de acuerdo con la sentencia cuando afirma que la discriminación indirecta alegada constituye una desviación procesal de la pretensión. Pero añaden que: «No obstante, creemos que ello no ha de ser óbice para que, con ocasión de la retroacción de actuaciones administrativas acordadas, el órgano que ha de resolver motivadamente sobre la adjudicación de la plaza de perfil mixto, a que se refiere la sentencia, tome en consideración determinadas prescripciones derivadas de la normativa comunitaria y determinados “actos propios” del Consejo General del Poder Judicial».

La exposición de la normativa comunitaria es, en lo esencial, coincidente con la realizada en el otro voto particular que precede a éste. Añade este último, en cambio, la referencia a los «actos propios» del Consejo. Este órgano, en efecto, mediante Acuerdo Plenario, adoptado en la sesión ordinaria del día 22 de junio de 2005, bajo el número 36, acordó: «Impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con mérito y capacidad en los procesos de nombramientos de cargos gubernativos de la carrera judicial (Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia y sus Salas y Audiencias Provinciales) y Magistrados del Tribunal Supremo. Para ello, cuando concurren varios candidatos con similares méritos se procurará facilitar el nombramiento de mujeres para estos puestos» (FJ 3 del voto particular).

Reconocen las firmantes del voto particular que el citado Acuerdo «no constituye un derecho justiciable, sino programático, es decir de escasa eficacia». Ahora bien: «aunque no se trata de un derecho concreto y efectivo sino de un proyecto programático de futuro respecto del cual se ha comprometido el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, exige una

referencia al mismo mediante su toma en consideración o rechazo explicitado». Por tanto: «Ello conduciría a una motivación reforzada por cuanto el Consejo General del Poder Judicial está obligado a aplicar el ordenamiento jurídico tomando como eje el artículo 103 de la Constitución y, además, a respetar sus “actos propios” traducidos en el Acuerdo». Y concluyen entendiendo que «el Consejo General del Poder Judicial no sólo está obligado a cumplir lo preceptuado en el ordenamiento jurídico, Constitución, Leyes y Reglamentos, sino también sus propios actos» (FJ 5 del voto particular) (AG).

III. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.

RELAJACIÓN DE SU EXIGENCIA CUANDO LOS MOTIVOS DEL ACTO CONSTAN EN EL EXPEDIENTE Y HAN PODIDO SER CONOCIDOS POR EL RECURRENTE

A) *La determinación de las sanciones aplicables en materia de extranjería: multa o expulsión*

La legislación vigente en materia de extranjería establece, dentro de su régimen sancionador, que en el caso de infracciones graves o muy graves podrá aplicarse la sanción de multa o la expulsión del territorio nacional. A ello se añaden unos criterios de carácter general para graduar el ejercicio de esta facultad discrecional consistente en la elección de la sanción a imponer a una determinada infracción.

En el supuesto en el que la infracción consista en la permanencia ilegal en España (art. 57.1 de la LO 4/2000 y su reforma por la LO 8/2000) se establece que «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional». Nos encontramos, pues, ante la típica fórmula del Derecho sancionador administrativo según la cual a una misma infracción pueden corresponder diversas sanciones. En el ejercicio de esta decisión «discrecional» (aunque de hecho podemos entender que sólo hay una solución justa), la Administración deberá ponderar las circunstancias del caso para imponer la sanción proporcionada.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006 conoció en casación el recurso interpuesto por la Administración frente a una sentencia del TSJ de Baleares que anuló una sanción de expulsión por falta de motivación. El Tribunal, como veremos, casa la sentencia y declara la validez de la sanción de expulsión que no motivó la elección del tipo sancionador impuesto.

El Tribunal parte en su razonamiento de la afirmación según la cual la sanción de expulsión sólo procederá si, junto al hecho infractor de la pura y simple permanencia ilegal en España, concurren otros datos negativos sobre la conducta del sancionado que justifiquen el imponer la sanción más grave. Pero añade: «en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no

dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora».

Es decir, para el Tribunal deben existir los elementos agravantes para que pueda imponerse la sanción de expulsión, pero no es preciso que su existencia se haga constar en la resolución sancionadora como motivación de la decisión administrativa.

En el caso enjuiciado, la existencia de unos hechos agravantes de la infracción de permanencia ilegal (falta de documentación, desconocimiento de cuándo se ingresó en España), en la medida en que constan en el expediente al que pudo tener acceso el letrado de la recurrente, hacen innecesaria la motivación de la elección del tipo sancionador que se impone. Como dice el Tribunal, «ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que expulsó al actor del territorio».

La doctrina que comentamos rebaja claramente el rigor con el que en otras ocasiones se ha exigido la motivación de los actos administrativos con el fin de permitir reducir la discrecionalidad y ofrecer al administrado los elementos necesarios para poder discutir, en su caso, la resolución administrativa. A nuestro entender, si bien puede admitirse que desde un punto de vista material la sanción de expulsión estaba fundada en razón de las circunstancias concurrentes, no se puede compartir la doctrina que permite sustituir el deber de motivar un acto sancionador por la constancia en el expediente de los hechos que están en la base de la decisión administrativa.

El deber de motivar es garantía para el administrado, que debe poder conocer las razones en base a las cuales la Administración ha hecho uso de su potestad discrecional. No corresponde al administrado deducir de los hechos que constan en el expediente su relación con la configuración del juicio administrativo que se formaliza mediante el acto sancionador.

Por otra parte, nos parece que la exigencia de la motivación debe ser especialmente rigurosa cuando se trata del Derecho sancionador, máxime cuando se aplica un Derecho sancionador que permite imponer la sanción de expulsión del territorio nacional (JT).

B) *El pase a la reserva en la carrera militar*

En junio de 2003 se produjo en Turquía el trágico accidente aéreo del Yak 42, en el que perdieron la vida 62 militares españoles cuando regresaban a España de una misión en Manas y en Kabul.

El militar que en la fecha del accidente ocupaba el cargo de Subdirector General de Cooperación y Defensa Civil acompañó al Ministro de Defensa al lugar del accidente, donde se le encomendaron diversas tareas. Posteriormente, en noviembre de 2003, se dispuso su nombramiento como Agregado en el Centro para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas, con sede en Ginebra. Y, poco después, se dispuso su pase a la situación de reserva como Teniente General del Cuerpo General del Ejército del

Aire (RD 1661/2004, de 9 de julio) y su cese en el cargo de Agregado en Ginebra (Orden de 22 de julio de 2004).

El militar afectado por el pase a la situación de reserva impugnó el RD 1661/2004 al entender que estaba incurso en vicio de desviación de poder, en la medida en que bajo la apariencia de la adopción de una medida organizativa se le imponía de hecho una sanción por su conducta en las tareas realizadas en Kabul como consecuencia del accidente aéreo.

El recurrente basa su argumentación en la exposición de los hechos anteriores a su pase a la reserva y, en particular, en declaraciones del Ministro de Defensa, en las que el mismo afirmaba que en relación a los hechos acaecidos en Kabul ejercería la potestad disciplinaria.

Dado que el RD impugnado se basó en el artículo 144.1 de la Ley 17/1999, el fondo del litigio, una vez descartada la naturaleza sancionadora de dicho acto, se centró en determinar el alcance de la potestad que el citado precepto atribuye al Gobierno para acordar el pase a la reserva de un militar. En este sentido, señalaremos que el artículo 114.1 se limita a establecer que «por decisión del Gobierno, los Oficiales Generales también podrán pasar a la situación de reserva, mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa».

La lectura del precepto evidencia que estamos ante la atribución al Gobierno de una amplia potestad discrecional sólo limitada por dos requisitos formales, que la propuesta sea realizada por el Ministro de Defensa y que la decisión se acuerde mediante Real Decreto.

Así las cosas, el Tribunal debía examinar si el acto impugnado había hecho o no un correcto uso de la potestad discrecional, o bien se había utilizado la potestad para un fin diverso del querido por la norma habilitante.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de septiembre de 2006, concluye que la amplia discrecionalidad concedida al Gobierno para el ejercicio de su potestad de dirección política le permitía adoptar la decisión impugnada, la cual además califica como de no arbitraria en razón de los hechos expuestos por el Ministro de Defensa en sus comparecencias parlamentarias.

Sin entrar en estas consideraciones, lo que nos importa destacar de la sentencia que comentamos es la doctrina que contiene en su parte final en relación al deber de motivar el acto impugnado.

En relación a esta cuestión, el Tribunal afirma en primer lugar que la motivación es determinante de la invalidez del acto cuando en el recurso se alegue que su falta ha causado indefensión. Dado que, continúa diciendo el Tribunal, en el caso enjuiciado la falta de motivación se alegó para reforzar el argumento de la desviación de poder y no para sostener la existencia de una situación de indefensión, no procedía anular el acto recurrido.

Sin perjuicio de que el razonamiento podría ser discutido, dado que el recurrente sí alegó que el RD impugnado no expresaba las razones en las que se basaba el acuerdo de expulsión, la doctrina a la que nos interesa hacer referencia se expone a continuación.

El Tribunal, para reforzar su argumento a favor de la validez de un acto discrecional sin motivación, afirma: «ya se ha dicho con anterioridad que el demandante ha manifestado conocer las comparencias parlamentarias que hicieron públicas las razones de su pase a la situación de reserva. Y a ello ha de añadirse, de un lado, que ha tenido posibilidad de combatir las en el actual proceso, como así ha hecho; y de otro lado, la virtualidad que ha de otorgarse a dichas razones, por todo lo que antes se argumentó, para encarnar el presupuesto habilitante de la potestad discrecional que fue ejercitada por el gobierno en el impugnado Real Decreto 1661/2004».

De nuevo parece (nos referimos a la sentencia comentada en el apartado anterior) que la falta de motivación se convierte en un vicio irrelevante si los hechos que justifican la decisión discrecional constan en el expediente y el recurrente puede conocerlos y discutirlos en sede judicial. En definitiva, si la Administración ejerce correctamente su poder discrecional, en base a los hechos que constan en el expediente, puede prescindir de un requisito formal como el de la motivación del acto. Si el acto llega a impugnarse por este defecto, el Tribunal podrá sanar el acto impugnado atendiendo exclusivamente al contenido material de la decisión discrecional enjuiciada (JT).

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

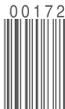
PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00172

19,00 €