



Recurso N°: 117/2005

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Num.: 117/2005

Votación: 22/11/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Yagüe Gil

Secretaría Sr./Sra.: llima. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez

TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
PLENO

SENTENCIA

Excmos. Sres.:

Presidente:

O. Ramón Trillo Torres

Magistrados:

D. Fernando Ledesma Bartret  
D. Mariano de Oro-Pulido y López  
D. Ricardo Enríquez Sancho  
D. Mariano Baena del Alcázar  
D. Pedro José Yagüe Gil  
D. Jesús Ernesto Peces Morate  
D. Antonio Martí García  
O, Jose Manuel Sleira Minguez  
D, Rafael Fernández Montalvo  
D. Óscar González González  
D. Manuel Vicente Garzón Herrero  
D. Segundo Menéndez Pérez  
D. Juan José González Rivas  
D. Enrique Lecumberri Martí  
D. Manuel Campos Sánchez-Bordona  
D. Nicolás Maurandi Guillen  
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D. Agustín Puente Prieto  
D. Santiago Martínez-Vares García  
D. Eduardo Espín Templado  
D. Juan Gonzalo Martínez Mico  
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat  
D. Rafael Fernández Valverde  
D. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina  
D. Margarita Robles Fernández  
D. Emilio Frías Ponce  
D. José Díaz Delgado  
D. Eduardo Calvo Rojas

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil seis.

Visto por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso contencioso administrativo nº 2/117/05 interpuesto por el Procurador Sr. Velo Santamaría, en nombre y representación de Dª Angeles Vivas Larruy, con asistencia del Letrado Sr. Flecha López, contra el Real Decreto 202/05, de 18 de Febrero, por el que se nombra a D. José de Quintana Pellicer Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Han sido partes demandadas el Consejo General del Poder Judicial, representado y defendido por el Sr. Abogado del Estado, y D. José de Quintana Pellicer, representado por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira y defendido por el Letrado D. Santiago Milans del Bosch.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Dª Angeles Vivas Larruy se ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 202/05, de 18 de Febrero, por el que se nombró Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña a D. José de Quintana Pellicer. cuyo recurso fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo, que, una vez recibido, se entregó a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del plazo de 20 días.

Por acuerdo del Excmo. Sr. Presidente de la Sala 3ª de fecha 22 de Abril de 2005, conforme a lo dispuesto en el artículo 197 de la L.O.P.J., y por estimarlo necesario para la Administración de Justicia, se ordenó que dicho recurso contencioso administrativo nº 2/117/05 fuera conocido por el Pleno de este Tribunal Supremo, continuando su tramitación en la Sección 1ª y designándose Ponente al Magistrado Excmo. Sr, D. Pedro José Yagüe Gil.

Por oficio de 7 de Junio de 2005 el Consejo General del Poder Judicial comunicó a esta Sala haber realizado los emplazamientos dirigidos a

O. José de Quintana Pellicer y D. Sebastián Morado Gallego, habiéndose personado el primero en este recurso.

SEGUNDO.- La parte actora formuló demanda mediante escrito presentado en fecha 22 de Junio de 2005, en el cual, tras alegar, en primer lugar, que el acto recurrido no contiene la debida motivación (lo que infringe los artículos 137.5 de la LO.P.J. y 54.1 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Procedimiento Administrativo, de cuya debida motivación no están exceptuados los nombramientos discrecionales) y en segundo lugar, que la decisión de preferir a un hombre viene a encuadrar la decisión del Consejo en una práctica que constituye discriminación indirecta contra la mujer, prohibida en el artículo 14 de la Constitución Española, terminó con la siguiente solicitud:

"1º.- Se anule el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, adoptado en su reunión de 9 de Febrero de 2005, por el que se nombra a D. José de Quintana Pellicer, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Real Decreto 202/2005, de 18 de Febrero), ordenándose que se efectúe un nuevo nombramiento motivado conforme a Derecho.

2º.- Se declare que la práctica de nombrar sistemáticamente a los hombres con preferencia y exclusión de las mujeres, sin justificar y en porcentajes tan importantes, constituye discriminación indirecta, condenándose, en consecuencia, al Consejo General del Poder Judicial, al cese de dicha práctica.

3º.- Costas, según ley".

Por medio de los correspondientes otrosíes solicitó el recibimiento del pleito a prueba y fijó la cuantía como indeterminada.

TERCERO.- Por providencia de fecha 23 de Junio de 2005 se dio traslado al Sr. Abogado del Estado para que pudiera contestar a la demanda, lo que hizo en escrito presentado en fecha 27 de Julio de 2005. En él, después de consignar los antecedentes que a bien tuvo, expuso que el acto recurrido incorpora un nombramiento discrecional (como se deduce del artículo 333 de la L.O.P.J.), que se apoya en motivos de confianza, por lo que la motivación pierde forzosamente intensidad, citando en su apoyo las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 1991, 10 de Febrero de 1997, 11 de Enero de 1997

y 30 de Noviembre de 1999; que el acto impugnado no constituye un caso de discriminación indirecta, pues la alegación tiene por base una mera información estadística en la que falta un elemento esencial, cual es el número de solicitantes que eran hombres y el de solicitantes que eran mujeres.

Terminó manifestando que la segunda pretensión constituye una auténtica desviación procesal (pues de impugnar un acto de nombramiento se pasa a pretender una declaración sobre práctica del Consejo General del Poder Judicial), si no fuera porque, ante todo, no se corresponde con la naturaleza del orden jurisdiccional contencioso administrativo, del que no se pueden solicitar declaraciones de principio o doctrinales o para prevenir agravios futuros (S.T.S. 11 de Abril, 26 de Diciembre de 1998 y 2 de Junio de 1995).

CUARTO.- Por providencia de fecha 14 de Septiembre de 2005 se dio traslado para contestación a la demanda al demandado D. José de Quintana Pellicer, lo que efectuó en escrito presentado en fecha 19 de Octubre de 2005, en el cual, una vez que expuso los hechos que tuvo por convenientes, manifestó en los fundamentos de Derecho que el acto impugnado si está motivado, pues fue objeto de estudio, análisis, discusión y deliberación, lo cual constituye la motivación del acto discrecional; que no existe discriminación al no reflejarse el número de mujeres solicitantes-concursantes, y que la segunda pretensión de la demanda es una desviación procesal, ya que el objeto del recurso es un acto de nombramiento y no un contencioso declaratorio de principios de actuación, nunca instados por la recurrente en sede administrativa.

QUINTO.- Por auto de fecha 24 de Octubre de 2005 se recibió el proceso a prueba, admitiéndose las documentales propuestas por la parte actora consistentes en la aportación de una separata de la Publicación "Cuadernos de Derecho Público" consistente en el "Estudio estadístico sobre participación de hombres y mujeres en el Poder Judicial, así como certificación del Secretario del Consejo General del Poder Judicial acerca de que los datos de ese Estudio proceden de los obtenidos y facilitados por el propio Consejo General del Poder Judicial. Se aportó también certificado del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 22 de Junio de 2005, sobre promoción de las mujeres en el ámbito judicial:

SEXTO.- Por providencia de fecha 3 de Enero de 2006 se dio traslado a la parte actora para conclusiones, los que llevó a cabo en escrito presentado en fecha 20 de Enero de 2006, insistiendo en sus argumentos y pretensiones.

SÉPTIMO.- De la misma manera, el Sr. Abogado del Estado formuló escrito de conclusiones en fecha 8 de Febrero de 2006, y la representación de D. José de Quintana Pellícer en fecha 3 de Marzo de 2006, en cuyo trámite insistieron en los fundamentos que, en su opinión, basan la desestimación del recurso.

OCTAVO.- Por providencia de fecha 7 de Marzo de 2006 se ordenó quedaran los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno les correspondiera, señalándose en la de 27 de Marzo de 2006 para ello el día 22 de Noviembre de 2006, a partir de las 10'30 horas, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. PEDRO JOSÉ YAGÜE GIL.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D<sup>a</sup> Ángeles Vivas Larruy impugna en este recurso contencioso administrativo nº 2/117/05 el Real Decreto 202/05. de 18 de Febrero, por el que se nombra a D. José de Quintana Pellicer Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

SEGUNDO.\* La parte actora articula en su demanda dos argumentos impugnatorios. que tienen su traducción correlativa en las dos pretensiones que finalmente ejercita, Y así:

1<sup>a</sup>.- Alega que el acto impugnado carece de la necesaria motivación, lo que infringe los artículos 137.5 de la LO.PJ, y 54,1 de

la Ley 30/92, de Procedimiento Administrativo, y de cuya debida motivación no están exceptuados los nombramientos discrecionales. La propia L.O.P.J. obliga a motivar no sólo los acuerdos del Pleno del Consejo sino también los de la Comisión de Calificación que hace la propuesta al Pleno; esta propuesta de la Comisión tiene todas las probabilidades de ser fundada pues no sólo le constarán los peticionarios, sus currículum, proyectos presentados y cuantas alegaciones hayan expuesto los aspirantes, sino que la Comisión de Calificación puede con arreglo al artículo 136 de la L.O.P.J. solicitar también información de los distintos órganos del Poder Judicial y en todo caso recibirá un informe anual de las Salas de Gobierno que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados. Por otra parte, viene a abundar la necesidad de motivación el hecho de que las deliberaciones y actas del Consejo son reservadas, a tenor de lo que dispone el artículo 50 del Reglamento 1/86. de 22 de Abril, por lo que es esencial el informe de la Comisión de Calificación, que será, en definitiva, el único que podrá conocerse; en el presente caso, el informe de la Comisión da cuenta únicamente de los peticionarios y de que concurren en ellos las exigencias legales de antigüedad, permanencia en el orden jurisdiccional y no estar incurso en procedimientos disciplinarios.

En consonancia con este argumento, se solicita en el suplico de la demanda, en primer lugar, que se anule el Real Decreto impugnado. ordenándose que se efectúe un nuevo nombramiento motivado conforme a Derecho.

2a.- En segundo lugar, alega la parte actora que la decisión de preferir a un hombre, 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, viene a encuadrar la decisión del Consejo en una práctica que constituye discriminación indirecta prohibida en el artículo 14 de la C.E. Con cita de la sentencia del T.C. 145/91, de 1 de Julio y 253/04, de 24 de Diciembre, entre otras, razona que el Consejo General del Poder Judicial preseleccionó, en los años 2003 y 2004, para componer las ternas para cargos de libre designación a 189 hombre y 23 mujeres, y resultaron nombrados finalmente 74 hombres y 7 mujeres; y estos números ponen de manifiesto que se han nombrado un 91\*36% de hombres y a un 8'64% de mujeres; cita después la proporción de hombres y mujeres que están destinados en el Tribunal Supremo (89/3), en las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia 16/1), en las Presidencias de las Audiencias Provinciales 48/4), en las Presidencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (16/1), en las Presidencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los

Tribunales Superiores de Justicia (16/1) y en la Audiencia Nacional (ninguna mujer), cuyos números, en la comparación con la proporción en la Carrera Judicial 82.472 hombres y 1903 mujeres), demuestran que es cierta la discriminación indirecta que se denuncia, lo que ha llevado al Consejo (tal como especifica la parte en el escrito de conclusiones) a la adopción del Acuerdo n° 36, de 22 de Junio de 2005, en el que, entre otras cosas, se dice que cuando concurren varios candidatos con similares méritos para los cargos gubernativos de la Carrera Judicial y Magistrados del Tribunal Supremo, se procurará facilitar el nombramiento de mujeres para estos puestos.

En consonancia con este argumento, se solicita en el suplico de la demanda que se declare que la práctica de nombrar sistemáticamente a los hombres con preferencia y exclusión de las mujeres sin justificar y en porcentajes tan importantes, constituye discriminación indirecta, condenándose, en consecuencia, al Consejo General del Poder Judicial al cese de dicha práctica.

TERCERO.- El primer argumento impugnatorio, referente a la falta de motivación del acuerdo recurrido, debe ser aceptado,

Bastará para ello repetir las razones que este Tribunal Supremo dio en su sentencia de 29 de Mayo de 2006 (recurso contencioso administrativo n° 309/2004), en la que se anuló por falta de motivación el nombramiento de Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

De dicha sentencia extraemos las siguientes ideas, que exponemos resumidamente:

1ª.- La plaza de Presidente de Sala de los Tribunales Superiores de Justicia presenta un perfil mixto en cuanto que su cobertura resulta de la apreciación de elementos reglados, junto con otros que requieren valoraciones suficientes y de difícil mareaje en módulos o baremos preestablecidos (artículos 326 y 333 de la L.O.P.J

2ª.- Tal destino no puede configurarse como un puesto de libre designación (en el sentido con que habitualmente se utilizada esta expresión en el ámbito de la función pública) ni es un puesto que se cubra mediante concurso.

3ª.- El sistema que regula al Poder Judicial reserva al Consejo General del Poder Judicial amplias facultades de decisión para la cobertura de determinados destinos judiciales, (entre ellos el que nos

ocupa), aunque con referencia a criterios reconducibles a las nociones de mérito y capacidad, de forma que el margen de libertad de apreciación de que goza el Consejo General del Poder Judicial, no reconducible a parámetros objetivos y predeterminados, no puede implicar en modo alguno que la decisión sobre la cobertura de una plaza vacante sea fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.

4ª.- El margen de apreciación del Consejo General del Poder Judicial en estos casos es amplísimo, pero no ilimitado, pues son límites de sus poderes la recta observancia de los trámites procedimentales. el respeto a los elementos objetivos y reglados, la inexistencia de una finalidad desviada, la interdicción de los actos arbitrarios y de los que estén basados en criterios distintos a los de mérito y capacidad.

5ª.- Como vemos, el primer límite es la recta observancia de los trámites procedimentales que sirven de base a la decisión.

Llegados a este punto, decíamos así en la sentencia de 29 de Mayo de 2006. literalmente:

"Situados en esta perspectiva de análisis, de entre los trámites procedimentales que preceden a decisiones como la aquí concernida y la sustentan, se alza con especial relevancia la intervención de la Comisión de Calificación del CGPJ.

Según establece el artículo 135 LOPJ, "corresponderá a la Comisión de calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127.4) de esta Ley". En la misma línea, el artículo 72 del Reglamento de organización y funcionamiento del CGPJ (aprobado por Acuerdo del propio Consejo de 22 de abril de 1986) establece que "corresponde a la Comisión de calificación formular las oportunas propuestas sobre los nombramientos de la competencia del Pleno",

Ambas normas atribuyen a la Comisión importantes facultades para procurar y suministrar al Pleno la información adecuada a fin de que este pueda realizar su labor con las mayores garantías de acierto, Así, el artículo 136 LOPJ dispone que "para la adecuada formación de los criterios de calificación de los Jueces y Magistrados, la Comisión podrá recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial y, en todo caso, recibirá un informe anual elaborado por las correspondientes Salas de

Gobierno de los órganos jurisdiccionales a que aquéllos estuviesen adscritos que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados"; y el artículo 73 del Reglamento añade que "además de atenerse a lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Comisión tendrá en cuenta asimismo los datos que sobre la laboriosidad, capacidades y formación técnica de los Jueces y Magistrados resulten de la actividad inspectora del Consejo, que serán anotados en los respectivos expedientes".

Esta información, recabada, sistematizada y analizada por la Comisión, debe llegar a conocimiento del Pleno en los términos establecidos por el artículo 74 del Reglamento, a cuyo tenor "en los nombramientos de la competencia del Pleno, la Comisión, producida la vacante, procederá a elaborar una relación de al menos tres candidatos para el cargo de que se trate, entre los cuales podrán figurar quienes, reuniendo los requisitos legalmente establecidos, no hubieren formulado solicitud, siempre que se haya recabado y obtenido su aceptación. Esta relación se distribuirá a todos los miembros del Consejo en unión de la lista de peticionarios de la plaza. Dentro de los cuatro días siguientes, cada miembro del Consejo podrán proponer otros candidatos, comunicándolo a la Comisión, que los incluirá en la relación, tras de lo cual se le dará curso para su inclusión en el orden del día de un próximo Pleno, en el que la Comisión informará de las circunstancias que concurren en los candidatos incluidos inicialmente en la relación o ulteriormente adicionados".

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

La emisión de este informe se erige como un elemento esencial del procedimiento de adjudicación de la plaza, puesto que es a través del mismo como los miembros del Pleno adquieren los principales datos precisos para formar su propio criterio y orientar de forma libre y responsable el sentido de su voto. Obviamente, la mera remisión de una relación ordenada de aspirantes, huérfana de esa información añadida, mal puede cumplir la relevante

misión de suministrar información completa, razonada y coherente sobre las aptitudes y méritos de los aspirantes propuestos para el puesto concernido. Por añadidura, si el efectivo cumplimiento de ese deber de información no consta acreditado en el expediente, siquiera sea de forma extractada pero en todo caso inteligible, se hace imposible contrastar tanto la debida observancia del trámite como la posible existencia de un uso arbitrario o desviado de la potestad. Hemos de insistir, en este punto, en que no se trata de coartar la libertad de apreciación de los miembros del Pleno ni de imponerles el sentido de su decisión, menos aún de sustituirles en ella, sino de comprobar y constatar que la misma se adoptó con respeto al procedimiento establecido y por ende con plenitud de conocimiento y de forma respetuosa con el elemento teleológico de la potestad que tienen atribuida.

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

Ahora bien, siendo oí Pleno del Consejo, como hemos dicho, un órgano colegiado, con derecho al voto secreto por parte de sus miembros y sin sumisión al principio de non liquet, cuyas deliberaciones se documentan en un acta, en la que se "reseñarán sucintamente los debates" (artículo 46 del Reglamento

de Organización y Funcionamiento del Consejo), de modo que en realidad pueden ser diversas las razones que hayan podido impulsar a cada Vocal a votar en el sentido mayoritario, la argumentación básica que podrá considerarse suficiente para entender cumplido el requisito formal será aquella que razonable y suficientemente resulte del acta, y que, como tal, puede hacerse valer como motivo central de la decisión; pero no podrá apreciarse la existencia de una motivación suficiente, por faltarle su presupuesto esencial, si del acta no resulta, aunque sea de forma sucinta, el cumplimiento efectivo y adecuado del trámite previo de informe de la Comisión de Calificación al Pleno tal y como antes lo hemos perfilado, pues es ese Informe el que justamente suministra parte sustancial de los datos que permiten a cada uno de los Vocales orientar su voto (...)"

Vemos, pues, que, en aquella ocasión, especificamos que la actuación de la Comisión de Calificación, tal como la regula el Reglamento de Organización y Funcionamiento:

1°.- No se limita a elaborar una simple relación de candidatos seleccionados de entre todos los presentados.

2°.- Ha de añadir a su propuesta un informe razonado sobre las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos en la inicial relación o posteriormente añadidos.

3°.- Ese informe debe hacer visibles los criterios y razones de han guiado la selección.

4°.- En él ha de quedar constatado que el sentido de la propuesta guarda coherencia con aquellas razones y criterios.

CUARTO.- Aplicando estas ideas al caso de autos se está en el caso, como entonces, de estimar el recurso contencioso administrativo, ya que no existe informe de la Comisión de Calificación. En efecto, en el expediente sólo existe, al folio 54. la mera transcripción de su acuerdo de elevación al Pleno, que dice literalmente así:

"La Comisión de Calificación, en su reunión del día de la fecha, ha adoptado el acuerdo siguiente: Elevar al Pleno, para provisión de la vacante de Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Cataluña, por jubilación del anteriormente nombrado, a la vista de los méritos y trayectoria profesional de los solicitantes, después de un amplio debate, la terna de Magistrados, únicos solicitantes, que seguidamente se relacionan, acordada por orden alfabética y unanimidad: (siguen los nombres de los tres solicitantes). Madrid, 12 de Enero de 2005".

Fechado en 5 de Enero de 2005, y a los folios 2 y 3 del expediente, existe una nota informativa sin firma que expresa que los solicitantes reúnen los requisitos de 10 años en la categoría y 8 en la jurisdicción social y que no se encuentran incursos en la prohibición del artículo 333-2 de la L.O.P.J.

Como vemos, no hay en el expediente informe propiamente tal de la Comisión de Calificación que valore el mérito y la capacidad de los aspirantes conforme a los criterios que la propia Comisión crea idóneos para el cargo de que se trate, (es decir, no existe aquí propuesta razonada) y esta es una irregularidad procedimental que afectan a la propia motivación del acuerdo, la cual no puede entenderse salvada por el contenido del acta de la sesión pues, siendo desconocidos los criterios que la Comisión y el Pleno consideraban más apropiados para el cargo de que se trataba, resulta imposible venir en conocimiento de las razones por las que se prefirió a un candidato frente a los demás, Este irregularidad formal, que afecta a la propia motivación del acuerdo, constituye un vicio procedimental invalidante, en cuanto impide al acto alcanzar su fin (artículo 63.2 de la Ley 30/92).

El vicio conduce a la estimación de la primera de las pretensiones que esgrime la parte actora, con la consiguiente retroacción de actuaciones a fin de que se cumpla el trámite omitido de informe de la Comisión de Calificación.

QUINTO.- Hemos de desestimar, por el contrario, la pretensión que se ejercita en segundo lugar, referida a que se declare que la práctica de nombrar sistemáticamente a los hombres con preferencia y exclusión de las mujeres, sin justificar y en porcentajes tan importantes, constituye discriminación indirecta, condenándose, en consecuencia, al Consejo General del Poder Judicial, al cese de dicha práctica.

Esta pretensión constituye, tal como alegan las partes demandadas, una desviación procesal.

En efecto, solicitada en la primera pretensión no que se nombre

para el cargo a D<sup>a</sup> Ángeles Vivas Larruy, 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. (Artículos 1, 31.1 y 34.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98, de 13 de Julio).

SEXTO.- No existen razones que aconsejen una condena en costas. (Artículo 139.1 de la LJ. 29/98).

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

#### FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso contencioso administrativo n<sup>o</sup> 2/117/05 interpuesto por el Procurador Sr. Velo Santamaría, en nombre y representación de D<sup>B</sup> Ángeles Vivas Larruy, contra e) Real Decreto 202/2005, de 18 de Febrero, por el que se nombró a D. José de Quintana Pellicer Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en consecuencia:

1<sup>o</sup>.- Declaramos dicho Real Decreto disconforme a Derecho, y lo anulamos.

2<sup>o</sup>.- Retrotraemos las actuaciones administrativas a fin de que se cumpla el trámite omitido de informe de la Comisión de Calificación y luego se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución motivada.

3<sup>o</sup>.- Desestimamos en lo demás el presente recurso contencioso administrativo.

4<sup>o</sup>.- No hacemos condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la

colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Ramón trillo torres

D. fernando ledesma

D. Ricardo enríquez sancho

D. José manuel sieira míquezpez

D. Rafael fernández

D. Jesús ernesto peces morate

D<sup>a</sup>. Celsa pico Lorenzo

D. octavio iuan her

D. Emilio Frias Ponce

D. Nicolás maurandi quillen

d. Antonio martí arcía

D. Eduardo espin templado

D<sup>a</sup>. Margarita Robles Fernandez

Recurso: N<sup>o</sup>: 117/2005

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS DON ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, DON AGUSTÍN PUENTE PRIETO, DON JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICO Y DON EMILIO FRÍAS PONCE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO NÚM. 117/2005.

Por coherencia personal con el voto particular que emitimos a la sentencia dictada con fecha 29 de Mayo de 2006 en el recurso núm. 309/2004, mantenemos nuestra posición discrepante también en este proceso en los mismos términos.

Decíamos en el citado voto lo siguiente:

"PRIMERO.- No parece que quepa cuestionar que el nombramiento de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional constituye un supuesto de designación discrecional; así resulta de una interpretación conjunta de los artículos 326.2 y 333,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se ratifica en el artículo 189 y siguientes del Reglamento 1/1.995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial que incluyen las vacantes de Presidentes de Sala de la Audiencia Nacional entre las que han de cubrirse por el procedimiento de nombramiento discrecional y no por concurso reglado a que se refiere el Capítulo II del Título X.

Así definida la naturaleza del acto de nombramiento, ante todo debe ponerse de manifiesto que en esta sentencia se produce un cambio radical respecto a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, en torno a la motivación de los nombramientos discrecionales.

La sentencia de 30 de Noviembre de 1999, recurso núm. 449/1997, en el que se impugnaba el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 9 de Abril de 1997, (Real Decreto 605/97, de 18 de Abril), por el que se nombraba Presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra, es bien expresiva al respecto al sentar que, cumplidos los elementos reglados a que se sujeta la

designación, la discrecionalidad ofrece peculiaridades y singularidades en orden a la motivación, que merecen un tratamiento particularizado.

Concretamente, en el fundamento de derecho quinto, declara que:

"En definitiva, de los arts. 127.3 y 337 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial, con claridad se desprende que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ostenta competencia para formular propuestas de nombramiento de los Presidentes de las Audiencias Provinciales cumpliendo las exigencias legales requeridas que aquí concurrían en todos los Magistrados a que se refiere la Asociación recurrente, pero ni en los mencionados preceptos, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración o de calificación de los méritos que, en su caso, invoquen o acrediten los solicitantes al modo de lo que, en general, se establece con relación a otros procedimientos selectivos, por lo que, obviamente, resulta, por un lado, que la libre designación o el nombramiento discrecional sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el Órgano de Gobierno competente para formular la propuesta puede apreciar libremente sin estar sometida al requisito formal de la motivación o, dicho de otro modo, sin necesitar que su voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a una determinada persona, y, por otra parte, que, como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podría ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de la motivación (sentencias de esta Sala de 10 de Enero y de 11 de Enero de 1.997), innecesaria, por tanto, en tal supuesto, y, por lógica, no determinante, su ausencia, de vicio de anulabilidad, presupuesta la indiscutible constitucionalidad de los preceptos de referencia por corresponder al Consejo General del Poder Judicial las atribuciones que, en materia de nombramientos, entre otras, señala el art. 122, 2 de la Constitución, como Órgano de Gobierno de aquél"; agregándose en el Fundamento Sexto:

"Desde otro punto de vista ha de ponerse de manifiesto que tal ejercicio de la discrecionalidad, con las peculiaridades expresadas, corresponde aquí a un Órgano Colegiado, no a una persona singular, y que es dicho Órgano el que emite una propuesta de nombramiento como expresión de una voluntad conjunta del mismo a través de un sistema de votaciones que reflejan un criterio mayoritario, en los términos exigidos, salvo supuestos tal vez no frecuentes de unanimidad, sin que sea posible, ni necesaria, una motivación expresa y pormenorizada de cada uno de sus componentes, y que, en definitiva, tampoco serviría a efectos de una revisión jurisdiccional, razón de ser, como se indicó, de la motivación, so pena de poder convertir a esta Sala en órgano con competencias para formular propuestas con apoyo en cuál fuera la motivación más "razonable" y con las posibilidades inherentes de realizar nuevas votaciones por parte de los componentes de la Sala, en contra de las funciones esencialmente revisoras que le incumben con límites claramente trazados, lo que impide que la denunciada ausencia de motivación determine las consecuencias anulatorias pretendidas, como se explicó con similares argumentos en la sentencia de esta Sala de 9 de Diciembre de 1.997, aunque también cabe invocar que en los actos discrecionales de las características del impugnado, la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional es el verdadero fundamento o motivación de aquél."

En la misma línea se encuentran las sentencias de 12 de

Diciembre de 2000, 14 y 20 de Octubre de 2003 y 20 de Octubre de 2004, en relación con nombramientos de Fiscales del Tribunal Supremo, atribuidos al Gobierno.

En la última de las sentencias citadas, esto es, en la de 20 de Octubre de 2004, recurso ordinario 52/2002 se señala que:

"a) En las aludidas sentencias se ha reflejado con claridad el criterio que del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/81, de 30 de Diciembre) y en concreto de sus artículos 13, 14, 34. 35, 36 y 38, se desprende que, en cuanto a la regulación establecida para el nombramiento en lo que atañe al cargo o destino que se trata, tal cargo requiere la específica capacidad que, según la Ley, resulta de la pertenencia a la categoría segunda de la Carrera Fiscal -Fiscal equiparado a Magistrado- y de contar con quince años de servicio en la Carrera, exigiéndose un informe previo del Consejo Fiscal y una propuesta de nombramiento que el Fiscal General del Estado ha de elevar al Gobierno, a quien le está reconocida la competencia para realizarlo por medio de Real Decreto.

b) Existe una regulación legal específica que, según la sentencia de esta Sala de 12 de Diciembre de 2000, determina la improcedencia de aplicar lo establecido en el artículo 54,1,f) de la Ley 30/92, precepto invocado por la parte recurrente como determinante de que su inaplicación ocasione la nulidad del acto del nombramiento aquí impugnado y de que se ordene a la Administración que dicte nueva resolución debidamente motivada, al entender que dicho nombramiento responde a una competencia reconocida por la Ley al Gobierno para que desarrolle la libertad de apreciación sin que a éste se le imponga la exigencia formal de la motivación, aunque sí concurre el límite genérico de interdicción de la arbitrariedad por mandato constitucional, pues como ya reconocieran las precedentes sentencias de esta Sala y Sección de 4 de noviembre de 1993 y 25 de marzo de 1995, la simple expresión de tal facultad le exonera de exteriorizar las razones de tal designación, dentro del marco del procedimiento de carácter selectivo.

c) En la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1999, se recogían, con cita de otras sentencias, una serie de consideraciones en torno a la necesidad de motivación de determinados actos administrativos, entre ellos los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, a tenor del artículo 54, 1, f) de la Ley 30/92, como exigencia derivada de la triple finalidad de posibilitar un control indirecto por parte de la opinión pública que, ante su falta, podría entenderlo como producto de un voluntarismo autoritario improcedente, de constituir un elemento interpretativo de gran valor y de permitir un control jurisdiccional del acto, al margen de implicar el sano ejercicio de una elegante cortesía, pero, en la misma sentencia, se explicaba que connotaciones específicas determinaban que, en casos como el de autos, cumplidos los elementos reglados a que se sujeta el nombramiento, esa discrecionalidad ofrecía peculiaridades y singularidades en orden a la motivación, que merecían un tratamiento particularizado, que no puede, en principio, ser jurisdiccionalmente revisado ni fiscalizado, según Sentencias de esta Sala de 10 y 11 de Enero de 1997 motivación innecesaria, portante, en dichos supuestos, máxime cuando, como aquí el Ministerio Fiscal no funciona como órgano de la Administración Pública.

d) También en dichas Sentencias se explicaba que, en lo que atañe a tal clase de nombramientos, sólo puede apreciar la -

Autoridad u Órgano que efectúa el nombramiento con respecto al aspirante la concurrencia de las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que se persiguen, siempre respetando los requisitos reglados que se exijan, argumentos que se refuerzan aquí, por cuanto que el Consejo de Ministros sí aceptó la propuesta del Fiscal General del Estado, mientras que algunas sentencias contemplaban casos de no aceptación de la propuesta, en cuanto a que su capacidad, valores y circunstancias son acordes con relación al cometido y funciones que van a corresponderle en el ejercicio de su cargo, siempre bajo la orientación de que así se satisfarán mejor los bienes e intereses públicos en juego, significando, por tanto, el nombramiento, que implica selección, una motivación suficiente, lo que excluye la pretendida anulación del acto por falta de esa motivación que subraya la parte recurrente."

Cabría matizar, sobre todo, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000, de 5 de Octubre, que la nota de confianza que caracteriza la libre designación, o libre apreciación, como ocurre en este caso, debe ser referida exclusivamente a la aptitud e idoneidad del candidato.

La sentencia de que discrepamos parte, a nuestro juicio, de una errónea identificación del nombramiento discrecional -o de libre designación-como nombramiento de confianza, entendido éste como determinado por la empatía personal o la afinidad política, en palabras literales de la opinión mayoritaria (Fundamento de Derecho Tercero), considerando que éstos son los caracteres definitorios del nombramiento discrecional, o de la libre designación, en la función pública y no resultan trasladables a los de esa naturaleza en el ámbito judicial.

El erróneo punto de partida consiste en olvidar que tanto en el ámbito judicial como en el de la función pública administrativa los elementos determinantes, siempre, para cualquier nombramiento, son el mérito y la capacidad. Así lo exigen los artículos 301 -para el ingreso en la carrera judicial- y 326 -para el ascenso y promoción- de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el artículo 103.3 de la Constitución, respectivamente.

Por eso la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 2.000 antes citada afirma que el sistema de libre designación, no comporta que los "principios de mérito y capacidad queden exclusivamente constreñidos al ámbito del concurso, en la medida en que (y con independencia, como ahora se dirá, de que cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya ostentan la condición de funcionarios operen otros bienes y valores distintos de los que aquellos principios incorporan) la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa, con la consecuencia, en todo caso, de la eventual apreciación, con ocasión del oportuno control judicial exart. 106.1 CE, del vicio de desviación de poder de constatarse una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad". En ella se añade que "sin perjuicio de la entrada en juego de los principios de mérito y capacidad ..., la libre designación, que, en definitiva, y según se dirá más abajo, no significa sino la mera puesta a disposición del órgano decisor de un cierto margen de valoración a la hora de apreciar las aptitudes de los candidatos para desempeñar un

determinado puesto de trabajo" y que "ninguna quiebra, por tanto, de los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) en relación con el de igualdad (art, 23.2 CE)... puede achacarse a la regulación ... del sistema la libre designación como mecanismo de provisión de puestos de trabajo, que no de acceso a la función pública".

Dicha sentencia concluye que la finalidad a que sirven tanto el concurso como la libre designación "es la misma: la atribución, de acuerdo con la lógica de cada procedimiento, de determinados puestos de trabajo a aquellos funcionarios en quienes concurren, desde la óptica de los principios de mérito y capacidad, la cualificación e idoneidad precisas para el mejor y más correcto desempeño de las funciones anudadas a cada puesto. Que la adjudicación sea en el caso del concurso la consecuencia de la baremación, más o menos automática, de los méritos aportados, según lo dispuesto en la oportuna convocatoria, en tanto que en el sistema de libre designación se produzca como resultado de la apreciación (dotada, como es obvio, de una evidente connotación de discrecionalidad o, si se prefiere, de un cierto margen de libertad) que el órgano decisor se haya forjado a la vista del historial profesional de los candidatos o aspirantes, es indiferente desde la perspectiva del genérico estatuto funcional de la persona que finalmente resulte adjudicataria del puesto en cuestión. No nos hallamos aquí en presencia de nombramientos para cargos políticos, caracterizados por la libérrima decisión de quien sea competente para efectuar el nombramiento; ni ante la designación de personal eventual, cualificado, según el art. 20.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1984, por la "confianza o asesoramiento especial" de las funciones que pueden encomendársele, La confianza que, en este sentido, puede predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puestos de trabajo, es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos esgrimidos, esto es, en su historial funcional".

En primer lugar se trata de decisiones que se toman por mayoría de votos en las que, aunque haya concurrencia en el sentido de la decisión de los que se inclinaron en su favor, puede que cada uno de los votantes llegue a ella por diversos caminos y con distintos fundamentos, teniendo en cuenta una circunstancia entre otras muchas de la más variada índole, que aunque no contrapuestas permiten obtener la misma conclusión.

En segundo término, la emisión de los votos es, como se ha dicho, por el procedimiento secreto, lo que impide conocer, en el momento de redactarse el acuerdo cuál fue el sentido del voto de cada uno de los miembros, que puede ser incluso contrario al parecer que dejó traslucir en la deliberación.

A lo anterior se debe añadir la dificultad que supone que, en supuestos como el presente, se ha de nombrar a un candidato no sólo en función de méritos objetivamente apreciables, como pudieran ser la antigüedad, número de sentencias, publicaciones, etc., en los que no es posible desviarse de lo realmente poseído por los aspirantes, sino que además han de valorarse otras circunstancias en concurrencia con aquéllas, en cuya apreciación interviene un elemento de subjetividad que pertenece al libre discernimiento de los miembros del órgano corporativo, que no puede ser coartada ni tasada, y que puede moverse dentro de amplios márgenes, cuyo límite más definido es la arbitrariedad.

Partiendo de estas circunstancias, todas ellas concurrentes en el supuesto actual, cabría formularse la pregunta de cómo se realiza en estos casos la motivación del acuerdo. Resultaría de un rigorismo

extremado imponer en todos los supuestos una motivación exhaustiva y concluyente de la formación de la voluntad del órgano expresada a través de sus miembros, pues en la mayoría de los casos, salvo que haya unanimidad, la motivación no recogería la verdadera razón o fundamento que determinó a cada uno de ellos a pronunciarse en un sentido o en otro, y únicamente cabría, mediante presunciones del redactor del acuerdo, obtener hipótesis más o menos aventuradas, de cuál fue la causa de la decisión, ya que no estamos en presencia de actos reglados en el que se trata de aplicar automáticamente un precepto legal.

Y si resulta labor prácticamente imposible recoger una motivación uniforme que exprese y aglutine las subjetivas valoraciones de cada vocal sobre la valoración de cada candidato, tampoco se advierte dónde ha de recogerse esa motivación, pues ni la opinión o informe de la Comisión de Calificación es vinculante y se emite a priori. antes de la deliberación, y ésta tiene carácter reservado y puede no recoger la justificación y valoración de cada vocal, que puede incluso cambiar posteriormente su voto, ni parece lugar apropiado para recoger esa motivación el Real Decreto de nombramiento....

Existiendo el informe, aunque sea en fase inadecuada e insuficiente, sería un formalismo excesivo retrotraer las actuaciones para que nuevamente se emita, aunque sea de forma más detallada, si los componentes del Pleno estuvieron suficientemente ilustrados sobre las condiciones de los aspirantes, y pudieron deliberar sobre sus méritos y capacidades con total conocimiento. Debe tenerse presente que los miembros del órgano informante-Comisión de Calificación-, también forman parte del Pleno, por lo que difícilmente podría decirse que sus integrantes desconocieran la opinión de aquél.

Esta Sala ya ha señalado que el principio de economía procesal trata de evitar la reproducción de actuaciones que no variarían el resultado del acuerdo, siempre que no causen indefensión. Debe tenerse presente que de los aspirantes al cargo se han aquietado con la resolución todos ellos menos uno que es el que interpuso el recurso, que ya fue excluido de la terna por la Comisión de Calificación, y que en las votaciones del Pleno sólo obtuvo dos votos de los veinte que lo componían.

Por todas estas razones nos encontraríamos en presencia de una irregularidad no invalidante que no afecta a la validez del acto impugnado..."

Por todo ello, y con todo respeto a la opinión mayoritaria, entendemos que en este caso procedía también la desestimación del recurso interpuesto.

Madrid, a 27 de Noviembre de 2006.

D. Osear Gonzalez Gonzalez

D. Agustín F

D. Emilio Frías Ponce

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL  
MAGISTRADO EXCMO, SR. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-

D. Juan González Martínez Mico

CRUZAT, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006, dictada en el recurso contencioso-administrativo 117/2005, interpuesto por Doña ÁNGELES VIVAS LARRUY contra el Real Decreto 202/2005, de 18 de febrero, por el que se aprueba el nombramiento del Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, adoptada en su reunión de 9 de febrero de 2005.

Comparto el pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo efectuado en la sentencia de 27 de noviembre de 2006 (R. 117/2005) que, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña ÁNGELES VIVAS LARRUY, acuerda declarar la nulidad del Real Decreto 202/2005, por el que se aprueba el nombramiento del Presidente de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, adoptada en su reunión de 9 de febrero de 2005, aunque considero que, de conformidad con los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos en que se ha producido el debate procesal, atendiendo a los motivos que fundamentan el recurso y la oposición, deberían introducirse en la fundamentación de la sentencia como obiter dicta las siguientes consideraciones jurídicas:

**Primero.-** 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, en razón de las especiales y singulares características de los puestos a desempeñar que atañen al ejercicio de la función constitucional de impartir justicia en el marco de un sistema de administración de justicia responsable, eficiente y de calidad, con la finalidad de que los candidatos puedan conocer efectivamente las razones de la designación y de facilitar plenamente el control jurisdiccional y poder sancionar, en su caso, los actos arbitrarios.

Estas consideraciones jurídicas justifican que el Informe de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial, a que alude el artículo 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según declaramos en la sentencia del Pleno de esta Sala de 29 de mayo de 2006 (R 309/2004), doctrina que acoge la sentencia, debe ser razonado, expresando la valoración de las circunstancias individuales profesionales concurrentes en los candidatos aspirantes, de modo que la propuesta sea coherente con los criterios que han orientado la selección.

Por ello, según se desprende de la fundamentación jurídica de

la sentencia, los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial deben ser adoptados respetando rigurosamente las reglas del procedimiento, entre las que se incluyen, además de la publicidad, la predeterminación clara y precisa de las condiciones para acceder a ser designado a una función de responsabilidad en los órganos jurisdiccionales, con el fin de asegurar a todos los candidatos participantes igualdad de trato y seguridad jurídica.

Considero adecuado exponer que la provisión de plazas de Presidentes de Sala de los Tribunales Superiores de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción debida a la reforma de este precepto por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, debe respetar los principios de objetividad y transparencia, porque dichos nombramientos considerados de libre designación en que el Consejo General del Poder Judicial ostenta un amplio margen de apreciación en la valoración de las capacidades y actividades profesionales de los miembros de la carrera judicial candidatos participantes, están cubiertos por la garantía constitucional del artículo 23.2 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad en el acceso, y por ende en la promoción, a las funciones y cargos públicos con los requisitos que establezcan las leyes.

A mi juicio, con el objeto de evitar cuestiones incidentales en la ejecución de esa sentencia, cabría expresar que el Consejo General del Poder Judicial, en el ejercicio de su función constitucional de nombramiento de jueces y magistrados que le atribuye el artículo 122 de la Constitución, sometido a valores y principios constitucionales conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Constitución, debe, en orden a observar los parámetros de legalidad constitucional, motivar los nombramientos de libre designación desde la perspectiva de género, con el objeto de asegurar que en la provisión de estos cargos de responsabilidad de los órganos judiciales no se produzcan situaciones en que una práctica aparentemente neutra sitúe a las candidatas aspirantes en desventaja particular con respecto a los candidatos.

**Segundo.-** La interpretación armonizadora del principio de prohibición de discriminación por razón del sexo que establece el artículo 14 de la Constitución, con el requerimiento que efectúa el artículo 9.2 de la Constitución 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 efectivos y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, apela a que el poder legislativo, o en su caso el Gobierno, promuevan, en congruencia con el desarrollo de los postulados expuestos en la Disposición Adicional Tercera del Proyecto de Ley Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres, en uso de su libertad de configuración normativa sometida a la Constitución, 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 la Ley 96/1966, de 28 de diciembre, que deroga el apartado c) del número 2 del artículo 3º de la Ley de 22 de julio de 1961, sobre acceso a los cargos de Magistrado, Juez y Fiscal, y que ha provocado, entre otras consecuencias, que el escalafón judicial

esté ocupado en sus tramos superiores exclusivamente por magistrados.

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 e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde, entre otras Directivas, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento del Consejo de 23 de septiembre de 2002, promueve, de conformidad con el artículo 141, apartado 4, del Tratado y con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, y en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, que los Estados adopten o mantengan medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas del mismo sexo que prevean 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.

En este sentido, debe significarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según se desprende de las sentencias de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-405/95). con base en la interpretación aplicativa del artículo 2, apartados 2 y 4 de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo de 9 de febrero de 1976, 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 se incluyen funcionarios públicos y jueces y magistrados), en el que las mujeres estén infrarrepresentadas 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.

El Tribunal Constitucional, que, según se refiere en la sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, afirma la doctrina de que la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 de la Constitución, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de la persona por razón del sexo, sino también la discriminación indirecta, en que un tratamiento formalmente neutro deriva en un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo, estima 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 (STC 128/1987, de 16 de julio; 3/93, de 14 de enero y 269/1994, de 3 de octubre).

Madrid, a 27 de noviembre de 2006.VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE QUE, AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ART. 260 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. DOÑA CELSA PICO LORENZO, AL QUE SE ADHIERE LA EXCMA. SRA. MAGISTRADA DOÑA MARGARITA ROBLES FERNANDEZ, EN RELACIÓN A LA DECISIÓN ADOPTADA POR EL PLENO EN LA SENTENCIA PRONUNCIADA EL 27 DE NOVIEMBRE DE 2006 EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 117/2005.

PRIMERO.- Coincidimos con la sentencia en que la "discriminación indirecta" alegada y objeto de rechazo constituye una desviación procesal de la pretensión. 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.

Es cierto, además, que el invocado Acuerdo nº 36 adoptado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial el 22 de junio de 2005, no había sido dictado al tiempo de dictarse el RD 202/2005, de 18 de febrero, mas el punto tercero del citado Acuerdo comporta una voluntad programática derivada de preceptos comunitarios.

SEGUNDO.- La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, define a efectos de la Directiva, en su art. 2, el concepto de "discriminación indirecta", entendida como la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Concepto que reproduce, en su art. 2.1a), la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, pero los Estados miembros tienen obligación de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar hasta el 15 de agosto de 2008. Se han producido algunas modificaciones en relación con las anteriores Directivas.

Insiste la Directiva de 2006, art. 3, en que los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el art. 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, y en la transversalidad de la perspectiva de género, art. 29.

Se produce un avance respecto de la "Estrategia Marco Comunitaria" que, entre otros objetivos, tiene la de promover la participación equilibrada de los hombres y las mujeres en la toma de decisiones,

TERCERO.- El Consejo General del Poder Judicial mediante Acuerdo plenario adoptado, bajo el n° 36, en la sesión ordinaria del día 22 de junio de 2005, acordó entre otros puntos bajo el epígrafe tercero "Impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con mérito y capacidad en los procesos de nombramiento 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 procurara facilitar el nombramiento de mujeres para estos puestos".

Refleja el acuerdo que se adjuntó como documentación el Estudio Estadístico sobre la participación de hombre y mujeres en el poder judicial.

CUARTO.- Expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto de L.O. de Igualdad entre Mujeres y Hombres que pretende incorporar al ordenamiento interno español las dos últimas Directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CEE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE. relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Directiva la de 2002/73/CE cuyo plazo de transposición finía el 5 de octubre de 2005.

Concreta en su art. 5. como discriminación indirecta la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

La anterior definición es importante en tanto que la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó una comunicación sobre la transversalidad "mainstreaming" como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de políticas comunitarias y elaboró una "Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género". Así se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, que ha modificado no solo el art. 22.2. de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, relativo a la elaboración de proyectos de ley sino también el art. 24.1 .b) sobre la confección de reglamentos.

En su art. 16 la Directiva establece que los Poderes Públicos procurarán atender al principio de representación equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan.

QUINTO.- Tras el marco legal enunciado así como las proyecciones de "legeferenda" se constata que el Acuerdo del Consejo de 22 de junio de 2005 no constituye un derecho justiciable sino programático, es decir de escasa eficacia.

Ya anticipamos que la Sala ha entendido que no es este proceso el ámbito adecuado para delimitar su aplicación o no frente a un eventual incumplimiento pues, ciertamente, no ha surgido conflicto con la aplicación del mentado Acuerdo en razón de que el acto del Consejo ha sido anulado por falta de motivación siguiendo los criterios ya vertidos en la sentencia de 29 de mayo de 2006. Por tal razón la mayoría ha decidido que no cabe un pronunciamiento abstracto y anticipado del Tribunal máxime cuando no había sido aprobado todavía en la fecha del acto sometido a enjuiciamiento.

Sin embargo entendemos que la actitud de este Tribunal, en su labor jurisdiccional, ante el cuadro descrito y los frecuentes conflictos planteados ante el mismo, comporta recordar que, en el momento actual, 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.

Ello conducirla a una motivación reforzada por cuanto el Consejo General del Poder Judicial está obligado a aplicar el ordenamiento jurídico tomando como eje el art. 103 de la CE y, además, a respetar sus "actos propios" traducidos en el Acuerdo al que nos venimos refiriendo. En el precitado Acuerdo se constata una pretendida voluntad de cambiar el sistema aunque no se establecen mecanismos que garanticen un efectivo cumplimiento, no obstante lo cual debería motivarse adecuadamente. Entendemos, por tanto, 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.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, junto con los votos particulares, por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.



