



Roj: **STS 839/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:839**

Id Cendoj: **28079130062017100006**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/03/2017**

Nº de Recurso: **4603/2016**

Nº de Resolución: **419/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Sexta

Sentencia núm. 419/2017

Fecha de sentencia: 09/03/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 4603/2016 Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2017

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fdez.- Trigales Pérez

Transcrito por: Cgr Nota:

Resumen

Procedimiento preferente y sumario de protección de derechos fundamentales. Provisión de la plaza de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 . Alegaciones de discriminación por razón de sexo y de vulneración de la libertad ideológica y de opinión. Firma por una candidata del llamado «Manifiesto de los 33», sobre el pretendido derecho a decidir del pueblo catalán.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 4603/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fdez.-Trigales Pérez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Sexta

Sentencia núm. 419/2017

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén

En Madrid, a 9 de marzo de 2017.

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo número 4603/2016, interpuesto por D.^a Ascension , representada por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y asistida por el letrado D. Luis Flecha López, contra el Real Decreto 139/2016, de 4 de abril, por el que se nombra presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 a D. Fulgencio a propuesta del Acuerdo del Pleno Consejo General del Poder Judicial adoptado en su reunión de 31 de marzo de 2016. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado, y se ha oído al Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D.^a Ascension , con fecha 8 de mayo de 2016, interpuso ante esta Sala el presente recurso contencioso- administrativo número 4603/2016 contra el Real Decreto 139/2016, de 4 de abril, por el que se nombra presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 a D. Fulgencio a propuesta del Acuerdo del Pleno Consejo General del Poder Judicial adoptado en su reunión de 31 de marzo de 2016.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 11 de mayo de 2016 se tuvo por personada y parte recurrente a la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de D.^a Ascension , y se admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto, que se ha tramitado conforme al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona recogido en el Título Quinto de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), reclamándose al Consejo General del Poder Judicial la remisión del expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de esta Jurisdicción , y que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley .

TERCERO.- El 31 de mayo de 2016 D.^a Ascension formuló demanda en la que solicitó a la Sala se estimen sus pedimentos y dicte sentencia:

«1º.- Por la que concediendo a esta parte el amparo solicitado, se declare la vulneración de los derechos fundamentales y se anule el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, adoptado en su reunión de 31 de marzo de 2016, por el que se nombra a D. Fulgencio , Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 (Real Decreto 139/2016, de 4 de abril), procediéndose al nombramiento de esta demandante.

E, igualmente, se condene al Consejo General del Poder Judicial a desarrollar parrillas de valoración como anexo al Reglamento 1/2010, como acción necesaria para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en la carrera judicial.

2º.- Alternativamente al anterior, conceda a esta parte el amparo solicitado, se anule el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, adoptado en su reunión de 31 de marzo de 2016, por el que se nombra a D. Fulgencio , Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 (Real Decreto 139/2016, de 4 de abril), así como todo el proceso de selección y de decisión, ordenándose que se efectúe, en su caso, un nuevo proceso de selección conforme a derecho.

3º.- Alternativamente a los dos anteriores, conceder a esta parte el amparo solicitado, se anule el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, adoptado en su reunión de 31 de marzo de 2016, por el que se nombra a D. Fulgencio , Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 (Real Decreto 139/2016, de 4 de abril), ordenándose que, con retroacción de actuaciones, se efectúe, en su caso, una nueva nombramiento motivado conforme a derecho y con observancia y respeto de los puntos que se señalen en la Sentencia.

4º.- Costas, según ley.»

Por otrosí interesó el recibimiento del proceso a prueba.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 1 de junio de 2016 se dio traslado de la misma al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal para que puedan formular alegaciones en el plazo de ocho días.

QUINTO.- Con fecha 13 de junio de 2016 el Abogado del Estado presentó su contestación a la demanda, en la que tras alegar cuanto estimó procedente suplicó a la Sala que «desestime el presente recurso, confirmando expresamente el acuerdo impugnado».

SEXTO.- Por escrito de 27 de junio de 2016 el Fiscal presentó su alegaciones e interesó a la Sala «la estimación parcial de la demanda y, en consecuencia:

1.- Que se declare que el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 31 de marzo de 2016 por el que se nombró Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 a D. Fulgencio vulneró los derechos

fundamentales de la demandante a no sufrir discriminación por razón de sexo y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (arts. 14 y 23.2 de la Constitución).

2.- Que en consecuencia se declare la nulidad de pleno derecho del referido Acuerdo, conforme al art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

3.- Que se condene al Consejo General del Poder Judicial a efectuar un nuevo nombramiento que, en caso de no producirse a favor de la demandante, respete las exigencias de motivación derivadas del artículo 3 del Reglamento 1/2010 del CGPJ , en relación con el artículo 16 de la L.O. 3/2007 y los Acuerdos del Pleno del CGPJ de 22 de junio de 2005 y 14 de febrero de 2013.

4.- Que se desestime la demanda en todo lo demás.»

SÉPTIMO.- Por auto de 6 de julio de 2016 la Sala acordó el recibimiento del proceso a prueba.

OCTAVO.- Por providencia de 18 de julio de 2016 se remitió el recurso a la Sección Sexta de la Sala debido a la reestructuración de la Sala como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo recurso de casación, regulado en los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , modificados por la Ley 7/2015 Orgánica del Poder Judicial y, en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes en la Sala a partir del día 22 de julio de 2016, aprobadas por Acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio de 2016, publicadas en el Boletín Oficial del Estado número 163 de 7 de julio siguiente.

NOVENO.- Por providencia de 10 de febrero de 2017 se señaló para votación y fallo la audiencia el día 27 de febrero siguiente, en cuyo acto tuvo lugar, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez Picazo Giménez al formular voto particular el anteriormente designado, Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento especial de los arts. 114 y siguientes de la Ley Jurisdiccional , es interpuesto por la representación procesal de doña Ascension contra el Real Decreto 139/2016, de 4 de abril, por el que se nombra Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 a don Fulgencio .

Los antecedentes del asunto son como sigue. Mediante acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 28 de enero de 2016 se anunció la plaza de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 . Tal como se destaca en el escrito de demanda, en las bases de la convocatoria se establecían los siguientes criterios:

«Para la provisión de la plaza anunciada serán objeto de ponderación el tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el ejercicio en destinos correspondientes a los órdenes jurisdiccionales civil y penal, el tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados y las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad técnica dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo se valorarán las aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos vinculados a plazas de carácter jurisdiccional y gubernativo, la participación en órganos de gobierno del Poder Judicial, en especial en órganos de gobierno de Tribunales, la experiencia en órganos jurisdiccionales colegiados, especialmente en los relacionados con los órdenes civil y penal, y el programa de actuación para el desempeño de la presidencia a proveer. Como méritos complementarios a los anteriores se tendrán en cuenta el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia. También se valorará como mérito la especialización en Derecho Civil Especial o Foral propio de la Comunidad Autónoma de Cataluña y el conocimiento del idioma catalán. Podrá ponderarse el conocimiento de la situación de la Audiencia Provincial de Barcelona.»

Sólo presentaron su candidatura la ahora recurrente y el Magistrado arriba mencionado, que finalmente fue propuesto para la plaza por acuerdo del Pleno del CGPJ de 31 de marzo de 2016. Como consecuencia de ello, mediante el Real Decreto 139/2016, ahora impugnado, se nombró Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 a don Fulgencio .

De las actuaciones resultan, entre otros, los siguientes extremos:

La recurrente, mujer, se encuentra más de mil doscientos puestos por delante del otro candidato, varón, en el escalafón de la Carrera Judicial.

En su día, la recurrente había firmado el llamado «Manifiesto de los 33», en que un grupo de Jueces y Magistrados destinados en Cataluña defendieron públicamente el pretendido derecho del pueblo catalán a decidir unilateralmente su futuro político. C) En la motivación que el acuerdo del Pleno del CGPJ de 31 de marzo de 2016 dio a su propuesta a favor del otro candidato no se hace referencia expresa a que la ahora

recurrente hubiera firmado el citado manifiesto. D) En el acta de ese Pleno, sin embargo, queda reflejado que el referido tema fue debatido y, desde luego, es objeto -junto con la denuncia de discriminación por razón de sexo- del voto particular formulado por cinco Vocales disidentes.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, se hacen dos reproches al acto impugnado: discriminación por razón de sexo y vulneración de la libertad ideológica y de opinión. Las concretas razones de la recurrente para sustentar esos reproches se expondrán en su momento.

Por lo demás, en el propio escrito de demanda se hacen varias consideraciones críticas acerca del Reglamento 1/2010 del CGPJ, dictado para dar ejecución a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombre y Mujeres. Dichas consideraciones deben quedar fuera del debate procesal, porque el art. 71.2 de la Ley Jurisdiccional prohíbe terminantemente a los tribunales contencioso- administrativos colmar las insuficiencias -reales o ficticias- de una disposición general.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, argumenta que el acuerdo del Pleno del CGPJ de 31 de marzo de 2016 está suficientemente motivado y que las razones dadas para justificar la preferencia por el candidato finalmente propuesto se ajustan a los criterios sentados en las bases de la convocatoria. Añade subsidiariamente que, en caso de estimarse el recurso contencioso- administrativo, la consecuencia no podría ser el nombramiento de la recurrente para la presidencia disputada, sino tan sólo la retroacción a la vía administrativa.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, afirma la existencia de discriminación por razón de sexo, con base en consideraciones similares a las desarrolladas por la recurrente y antes aún por el voto particular de los Vocales disidentes. Y en cuanto a la alegación de vulneración de la libertad ideológica y de opinión, sostiene que es la cuestión central del presente asunto, aunque no puede entrarse en ella por no haber quedado reflejada en la motivación dada por el CGPJ para proponer a don Fulgencio en vez de a doña Ascension .

QUINTO.- Abordando ya las vulneraciones de derechos fundamentales que la recurrente achaca al acto impugnado, es conveniente para el buen orden del razonamiento comenzar por la segunda de ellas, a saber: que el nombramiento del otro candidato habría violado la libertad ideológica y de opinión de la recurrente.

Ésta sostiene en su escrito de demanda que es notablemente más antigua y que ostenta mayores méritos que el otro candidato, a quien no obstante el CGPJ prefirió para la plaza de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 . De aquí infiere que la razón real de su postergación es haber sido firmante del llamado «Manifiesto de los 33», favorable al pretendido derecho a decidir. Dice la recurrente que sólo así se comprende que el CGPJ no justificara la desviación del criterio de la preferencia de la mujer sobre el hombre a igualdad de méritos. A este respecto, la recurrente parte de la premisa de que la firma del citado manifiesto fue legítimo ejercicio de la libertad de expresión, como lo demuestra el hecho de que el Promotor de la Acción Disciplinaria archivó la investigación abierta sobre este episodio por considerar que no había indicios de infracción disciplinaria. A partir de aquí concluye que la adopción de actos o medidas desfavorables para ella -como no proponerla para la presidencia de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 - no pueden basarse, ni siquiera implícitamente, en su participación en el referido manifiesto ni en ninguna otra toma pública de posición sobre el mismo tema. Y añade que, lejos de ajustarse a esta pauta, el CGPJ - aun sin decirlo de manera expresa en la motivación de su acuerdo- habría tomado su decisión guiado por esas manifestaciones públicas de la recurrente acerca de temas polémicos de la actualidad política; lo que, siempre en opinión de la propia recurrente, constituye una violación de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 16 , 20 y 23.2 CE . Todo este esquema argumentativo, por lo demás, sigue fielmente el contenido del voto particular formulado en su día por los Vocales del CGPJ que disintieron.

Pues bien, antes de examinar este reproche de vulneración de la libertad ideológica y de opinión, es preciso hacer una aclaración preliminar: el acuerdo del Pleno del CGPJ de 31 de marzo de 2016, por el que se propuso al otro candidato para la plaza de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 , no se refiere en su motivación al llamado «Manifiesto de los 33», ni a ninguna otra actuación o manifestación pública de la recurrente sobre temas políticos. No obstante, como se dejó señalado más arriba, de las actuaciones resulta indubitado que el problema de fondo del presente asunto es exactamente ése. Así lo demuestra la transcripción en el acta de las intervenciones de algunos Vocales; así lo demuestra el voto particular, que dedica amplio espacio al tema; y así lo demuestra, sobre todo, el escrito de demanda de la propia recurrente, donde se afirma sin ambages que la auténtica razón del acto impugnado fue ésa. Más aún, de las dos vulneraciones de derechos fundamentales en que se funda este recurso contencioso- administrativo, una se refiere a la libertad ideológica y de opinión. Así las cosas, no puede negarse que la cuestión es objeto del litigio y que sobre ella debe pronunciarse esta Sala.



Una vez aclarado lo anterior, hay que señalar que la argumentación de la recurrente adolece de un *non sequitur* en un punto crucial. Hay un salto lógico. Aun admitiendo que los Jueces y Magistrados no tienen restringida su libertad de expresión sobre temas políticos y que, más en concreto, la firma del «Manifiesto de los 33» fue ejercicio legítimo de dicho derecho fundamental -algo que esta Sala ni afirma ni niega-, es lo cierto que de esa premisa sólo se sigue que no cabe imponer ninguna sanción (penal o disciplinaria) por esa toma pública de posición. Nada más. No se sigue, desde luego, que el órgano constitucional encargado de valorar la idoneidad de los candidatos a plazas judiciales de provisión discrecional no pueda tener en cuenta las actuaciones y manifestaciones de índole política que, aun siendo legítimas, hayan realizado los distintos candidatos. Tres consideraciones apoyan, sin duda alguna, esta afirmación.

En primer lugar, como observa el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, para afirmar que -a la hora de hacer nombramientos de carácter discrecional- está prohibido tomar en consideración las actuaciones y manifestaciones de índole política realizadas por Jueces y Magistrados, sería preciso presuponer no sólo que esas actuaciones y manifestaciones son legítimo ejercicio de la libertad de expresión, sino además que este derecho fundamental comporta lo que técnicamente se conoce como una «garantía de indemnidad». En otras palabras, que las opiniones políticas manifestadas en público por los Jueces y Magistrados no pueden ser consideradas ni valoradas a ningún efecto. Y esto sólo ha sido afirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con muy contadas situaciones, fundamentalmente en materia de libertad sindical. Desde luego, no se ha predicado nunca de lo dicho por los Jueces y Magistrados fuera del ejercicio de la función jurisdiccional, por no mencionar que la recurrente nada aduce para justificar la existencia de tal garantía de indemnidad, como tampoco lo hace el voto particular de los Vocales disidentes.

En segundo lugar, es evidente que nadie obliga a los Jueces y Magistrados a expresar públicamente sus opiniones sobre cuestiones socialmente controvertidas, ni menos aún sobre iniciativas políticas de muy dudoso encaje constitucional. Pero, si lo hacen, no pueden esperar un trato de favor. Quien voluntariamente baja a la arena política y participa en el debate y la lucha propios de ese ámbito, no puede razonablemente esperar que se olvide ese dato. Quizá sea legítimo que los Jueces y Magistrados puedan manifestar toda clase de opiniones políticas, del mismo modo que tal vez sea lícito que esos mismos Jueces y Magistrados desempeñen cargos de naturaleza política sin que ello los inhabilite para volver luego a la función jurisdiccional. Pero lo que carece de todo fundamento normativo es pretender que el CGPJ deba hacer abstracción de ese relevante aspecto de la trayectoria vital y de la personalidad de algunos miembros de la Carrera Judicial, en especial cuando se trata de cubrir plazas judiciales de provisión discrecional habida cuenta de las altas responsabilidades que llevan aparejadas. Y aún en este orden de ideas, tampoco cabe exigir a cada uno de los Vocales del CGPJ singularmente considerados que borre de su mente ese tipo de datos a la hora de formar su convicción individual sobre la idoneidad del correspondiente candidato para ocupar una plaza de provisión discrecional.

En tercer lugar, no deben pasarse por alto las muy peculiares circunstancias del presente caso. Es importante subrayar que esta Sala no entiende que, con carácter general, el CGPJ deba hacer una valoración del perfil político de los candidatos a plazas judiciales de provisión discrecional. Ello supondría una forma de control ideológico incompatible con la Constitución. Ahora bien, sobre los Jueces y Magistrados pesa un deber de neutralidad política, inequívocamente dimanante del art. 127 CE, tal como ha recordado recientemente la sentencia nº 2614/2016 del Pleno de esta Sala. Este deber de neutralidad política, además, resulta especialmente intenso y exigente cuando -como sucede en el presente caso- el tiempo y el lugar son muy delicados. En efecto, la presidencia que aquí se trataba de cubrir era la de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 y en una coyuntura, como es notorio, de extremada turbulencia político-institucional en Cataluña. En tales circunstancias, del Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000, que es siempre cabeza e imagen del Poder Judicial en dicha provincia, debe esperarse que esté al margen de toda polémica pública. Ha de tratarse de alguien que esté *super partes* y que efectivamente sea percibido como tal. Que estas consideraciones se aplicasen a la recurrente dista, así, de ser irrazonable.

A todo lo anterior debe añadirse que las presidencias de las Audiencias Provinciales presentan una importante diferencia con respecto a otras plazas judiciales de provisión discrecional: tienen un cometido esencialmente gubernativo, con un componente jurisdiccional muy escaso. Tal como resulta de las actuaciones, la plaza aquí considerada comporta una rebaja del trabajo estrictamente jurisdiccional del 80%; es decir, del Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 sólo se espera que dedique el 20% de su tiempo a la actividad jurisdiccional. Este elemento no sólo acentúa la ya expuesta exigencia de neutralidad política de la persona que ocupe la plaza, sino que además incrementa el margen de discrecionalidad del CGPJ a la hora de determinar quién es el candidato más idóneo. Así lo ha afirmado esta Sala en sentencias de 5 de febrero de 2010 (rec. nº 72/2005) y de 18 de mayo de 2010 (rec. nº 186/2009). En la última de éstas puede leerse:

«El nombramiento controvertido en el actual proceso jurisdiccional no es estrictamente jurisdiccional ni de Magistrado ni del Tribunal Supremo, es de Presidente de una Audiencia Provincial. Lo cual significa que se trata de un destino ciertamente con funciones jurisdiccionales, pero que no ocupa la máxima posición en el organigrama judicial; y que, además, tiene un claro carácter directivo por llevar inherentes importantes funciones de gobierno y organización.

Esta especial circunstancia obliga a establecer, partiendo de las ideas que están presentes en la doctrina jurisprudencial que se ha venido mencionando, cuáles han de ser las directas premisas desde las que ha de ser enjuiciada en este concreto caso litigioso la suficiencia o no de la motivación que resulta exigible y es cuestionada por el actual recurrente. Y como tales deben señalarse estas tres que se expresan a continuación.

La primera de esas premisas es que, por lo que concierne a la capacidad profesional de los candidatos, no es exigible el máximo de solvencia y excelencia que se viene demandando para el Tribunal Supremo y, por esta razón, el análisis de los méritos y circunstancias referidos a esta faceta de los candidatos tampoco exige los mismos patrones de rigor y exigencia que en el Ato Tribunal.

Mas sin que lo acabado de afirmar deba interpretarse en el sentido de que, tratándose de cargos directivos, puede orillarse la capacidad demostrada en el estricto ejercicio de la jurisdicción (sólo puede ostentar cargos de gobierno quien antes haya demostrado ser un buen Juez, aunque no todos los que lo son tienen siempre las mejores aptitudes para las tareas directivas).

La segunda es que, en esta clase de cargos, la libertad de apreciación y opción del Consejo opera en su nivel máximo.»

Por todo lo expuesto, debe rechazarse que el acto impugnado haya vulnerado los arts. 16 , 20 y 23.2 CE .

SEXTO.- La otra vulneración de derechos fundamentales alegada por la recurrente, como quedó apuntado más arriba, es de discriminación por razón de sexo. La argumentación de la recurrente parte de que, siendo notablemente más antigua y teniendo mayores méritos que el otro candidato, fue postergada. Sobre esta base, despliega un largo razonamiento, no siempre nítido y lineal, acerca de las exigencias de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres; e insiste en las deficiencias del Reglamento 1/2010 del CGPJ, dictado en desarrollo de aquélla. Hace, asimismo, un repaso de la jurisprudencia en la materia, con específica atención a la sentencia nº 1033/2016 dictada por el Pleno de esta Sala. Todo ello tiene como finalidad apoyar una afirmación: el CGPJ ni siquiera respetó su propio criterio en esta materia -particularmente poco ambicioso, a juicio de la recurrente- consistente en que, cuando concurren varios candidatos con similares méritos, se procurará dar preferencia a la mujer, siendo en todo caso necesario hacer una previa comparación de los méritos respectivos e los candidatos en liza. En otras palabras, según la recurrente, el CGPJ no hizo una comparación de su antigüedad y sus méritos con los del otro candidato, ni tampoco justificó su preferencia por éste a pesar de ser menos antiguo y tener inferiores méritos. Dice la recurrente que esto implica una palmaria vulneración de las normas legales y reglamentarias y de la jurisprudencia arriba citadas, por lo que el acto impugnado incurre en discriminación por razón de sexo.

Pues bien, lo primero que debe observarse con respecto a esta alegación es que no se produce en un recurso contencioso-administrativo ordinario, sino en uno especial de protección preferente y sumaria de los derechos fundamentales. Ello es importante porque en esta vía, como es bien sabido, no pueden aducirse cualesquiera quebrantamientos de la legalidad, sino únicamente aquéllos que afecten a los derechos fundamentales proclamados en los arts. 14 a 29 CE . En el presente caso, la tacha imputada al acto impugnado va referida -como se acaba de ver- a las normas legales y reglamentarias tendentes a la promoción activa de la mujer en aquellos ámbitos donde esté infrarrepresentada, así como a la jurisprudencia que las interpreta y aplica. Al acto impugnado no se le achaca, dicho de otro modo, una violación directa del art. 14 CE o, en la medida en que también fuese relevante, del art. 23.2 CE : no es el principio de igualdad ante la ley lo que directamente se invoca, sino normas de inferior rango. Nadie discute que esas normas tienen como finalidad alcanzar una paridad efectiva entre los sexos, algo que indirectamente tiene que ver con la prohibición de discriminación del art. 14 CE . Pero de aquí no se sigue que toda norma legal dictada para dar mayor efectividad a valores encarnados en un derecho fundamental tenga automáticamente la virtualidad de transformarse, a efectos de la protección reforzada prevista en el art. 53.2 CE , en parte integrante de ese derecho fundamental. En otras palabras, la recurrente no ha dado absolutamente ninguna justificación de que la vulneración de las normas legales y reglamentarias que alega tiene una vinculación tal con el art. 14 CE que permita sostener que lo vulnerado es éste último. Tampoco el voto particular de los Vocales disidentes, que sirve de inspiración a la recurrente, dice nada a este respecto. Así las cosas, lo planteado aquí no pasa de ser una cuestión de legalidad ordinaria, que no puede ser abordada en esta vía procesal.

Vale la pena señalar que el informe del Ministerio Fiscal -favorable a la estimación de esta pretensión- pasa como sobre ascuas sobre este extremo, sin aportar ninguna verdadera razón acerca de la existencia de una

conexión suficiente entre las mencionadas normas legales y reglamentarias y los arts. 14 y 23.2 CE . Dice a este respecto:

«Se trata por tanto de que, en igualdad sustancial de condiciones, la normativa aplicable exige que, si no se escoge a la candidata de sexo femenino, el acto de nombramiento ha de incorporar una motivación suficientemente justificativa de las razones por las que se ha descartado esa regla de promoción de la mujer. El incumplimiento de esta obligación legal implica por tanto una vulneración de dicha regla. Y en la medida en que esa regla constituye el instrumento legal de garantía del principio de igualdad según lo ha concretado la Ley 3/2007, habrá que entender vulnerado el derecho fundamental de la actora. Evidentemente, el derecho fundamental a la igualdad sin discriminación por razón de sexo, que recoge el artículo 14 de la Constitución , pero también, en relación con él, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, tutelado por el art. 23.2 del mismo texto constitucional, en la medida en que la normativa examinada se refiere específicamente a la promoción de la mujer en el ámbito de las Administraciones y los Poderes Públicos y más concretamente en el del Poder Judicial, por lo que resulta singular e inequívocamente afectada esa dimensión constitucional de la participación de los ciudadanos, o mejor dicho, de las ciudadanas, en las funciones y cargos públicos.»

Dicho lo anterior, incluso si se admitiera que la cuestión puede ser planteada en esta vía procesal, la respuesta habría de ser igualmente desestimatoria. Un elemento central en toda la argumentación de la recurrente viene dado por la arriba citada sentencia nº 1033/2016 del Pleno de esta Sala . Se trataba en aquel caso del recurso contencioso- administrativo interpuesto por una Magistrada contra el nombramiento de un compañero considerablemente menos antiguo que ella en la Carrera Judicial para la plaza de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Esta Sala estimó su impugnación por entender que, con arreglo a la mencionada legislación sobre igualdad efectiva entre ambos sexos, el CGPJ habría debido motivar justificadamente la preferencia otorgada al candidato varón. Ocurre, sin embargo, que esa sentencia no puede considerarse un genuino precedente para el asunto ahora examinado, pues éste presenta dos diferencias nada desdeñables.

Por un lado, aquí se trata de la presidencia de una Audiencia Provincial, no de un Tribunal Superior de Justicia; y, como se explicó más arriba, en las presidencias de las Audiencias Provinciales prima decididamente el componente gubernativo, de manera que la discrecionalidad del CGPJ para proveer esas plazas opera en su grado máximo. Ese carácter es menos acentuado en las presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, dado su relevante papel en el plano propiamente jurisdiccional.

Por otro lado, aún más importante es que en el caso resuelto por la sentencia nº 1033/2016 no había ningún dato ajeno al recorrido estrictamente profesional de ambos candidatos: se trataba de motivar por qué no se había preferido a una Magistrada bastante más antigua que el Magistrado finalmente propuesto, sin que el perfil de ninguno de ambos presentara características relevantes ajenas a las usuales entre los miembros de la Carrera Judicial. En el presente caso, en cambio, se da la muy peculiar circunstancia de la toma pública de posición de la recurrente sobre un tema de crucial importancia política e institucional; algo que ha sido detenidamente analizado más arriba y que, como se vio, constituye la cuestión central de este asunto. Ello basta para mostrar que el precedente invocado por la recurrente no es tal: cualquiera que sea la valoración que cada uno pueda hacer de la participación de la recurrente en el llamado «Manifiesto de los 33», es indiscutible que supone una profunda diferencia con respecto a la disputada presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Como complemento de cuanto queda dicho, no hay que olvidar que el CGPJ sí dio una motivación de su preferencia por el candidato

finalmente propuesto, de quien subrayó su dilatada experiencia como miembro de la Comisión Permanente de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, su prestigio en las corporaciones profesionales catalanas y su condición de experto en Derecho Civil Catalán. Esta especialización jurídico-privada, siempre según el CGPJ, resulta particularmente importante en un momento en que la Audiencia Provincial de Barcelona -al igual que otras- debe afrontar un alto número de asuntos relativos a ejecuciones hipotecarias y productos bancarios. Pues bien, independientemente de que se comparta o no esta motivación, lo cierto es que tal motivación existe.

Por todo ello, la alegación de que se han vulnerado los arts. 14 y 23.2 CE no puede ser acogida.

SÉPTIMO.- Con arreglo al art. 139 LJCA , la desestimación del recurso contencioso-administrativo comporta la imposición de las costas a la parte recurrente. Haciendo uso de la facultad prevista en el apartado tercero de dicho precepto legal y consideradas las características del asunto, quedan las costas fijadas en un máximo de 1.500 € por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso contencioso-administrativo para la protección preferente y sumaria de los derechos fundamentales interpuesto por la representación procesal de doña Ascension contra el Real Decreto 139/2016, de 4 de abril, por el que se nombra Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 a don Fulgencio a propuesta del Acuerdo del Pleno Consejo General del Poder Judicial adoptado en su reunión de 31 de marzo de 2016, con imposición de las costas a la recurrente hasta un máximo de 1.500 € por todos los conceptos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Contencioso-Administrativo****VOTO PARTICULAR**

VOTO PARTICULAR que emite el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez a la sentencia de fecha 9 de marzo de 2017 correspondiente al recurso número 4603/2016.

Con absoluto respeto a la sentencia mayoritaria formulo el presente voto particular en base a:

PRIMERO.- Lo primero que quiero poner de manifiesto al formular el presente voto particular es que el Magistrado que lo suscribe nada tendría que objetar a un acuerdo del CGPJ en el que se hubiera argumentado que, atendidas las especiales circunstancias socio-políticas por las que atraviesa la Comunidad Autónoma de Cataluña y teniendo en cuenta que el cargo de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 conlleva no sólo el ejercicio de funciones jurisdiccionales sino también competencias en materia de organización y gobierno de la Audiencia Provincial, no resultaba lo más conveniente que ese cargo recayera en quien se ha posicionado públicamente sobre una cuestión que divide a la opinión pública catalana, cualquiera que sea el sentido de ese posicionamiento, extremo este último que debe ser resaltado. Pero nada de eso acontece en el caso que nos ocupa, ni parece tampoco que ese sea el argumento de la sentencia mayoritaria.

Ya en el voto particular que emití en la sentencia del Pleno de la Sala de fecha 14 de julio de 2016, Recurso 264/15, deje constancia sobre mi posición sobre que el posicionamiento público de Jueces y Magistrados en temas de debate político tiene difícil encaje con el principio de imparcialidad e independencia. A lo dicho entonces me remito.

Cuando resalto que es indiferente el sentido en que se efectúe el posicionamiento sobre un tema como el que dio lugar al manifiesto de los treinta y tres, es porque sostengo la tesis de que una cosa es la lesión del derecho fundamental del derecho a la libertad ideológica y de opinión, que sí se daría si la decisión del CGPJ se hubiera adoptado precisamente en atención al sentido de la opinión manifestada, lo que parece compartir el propio CGPJ por cuanto, como luego veremos, en el curso del debate se afirma por alguno de los Vocales que las manifestaciones de la hoy recurrente eran plenamente constitucionales y no tenían nada reprochable, manifestación que no fue objetada en absoluto por el resto de los vocales, afirmándose también que dicha circunstancia no debía ser tenida en absoluto en cuenta a la hora de llevar a cabo este concreto nombramiento y, por otra parte, tampoco entendió en su momento que tal conducta fuese susceptible de corrección por vía disciplinaria. Cosa muy distinta es que el hecho de haberse manifestado de manera pública en uno u otro sentido, cualquiera que hubiera sido, pudiera ser tomado en consideración por el CGPJ para no aplicar la regla de preferencia, tal como apuntábamos anteriormente.

Dicho esto mi discrepancia con la sentencia mayoritaria deriva de la conclusión a que ésta parece llegar de que en el caso que nos ocupa es evidente que la razón del no nombramiento de la recurrente fue la firma del manifiesto de los treinta y tres, y que fue esa y no otra la razón está incluso aceptado por la recurrente.

El argumento de la sentencia mayoritaria parece admitir que la razón de no aplicación de la citada regla no fue otra que haber firmado la recurrente el manifiesto en cuestión y que la recurrente conoce que esa fue la razón puesto que articula un motivo de impugnación por ello. A aquella conclusión conduce sin duda la lectura del párrafo tercero del fundamento de derecho quinto de la sentencia votada mayoritariamente.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior debo afirmar que discrepo de la afirmación que se contiene en la sentencia mayoritaria en el sentido de que la sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2016, Rº 189/2015, sentencia nº 1033/2016, invocada por la recurrente, no puede ser considerada como precedente para el asunto ahora

examinado porque aquí se trata de la presidencia de una Audiencia Provincial y allí se trataba de la presidencia de un Tribunal Superior de Justicia, afirmándose, con gran sorpresa por el magistrado que suscribe, que el carácter gubernativo del cargo de Presidente de Tribunal Superior es menos acentuado que el del cargo del Presidente de Audiencia Provincial. Digo que tal afirmación causa gran sorpresa al magistrado que suscribe el presente voto particular por cuanto el artículo 160 de la LOPJ, que establece cuales son las funciones de los Presidentes de los Tribunales y Audiencias, es aplicable tanto a Presidentes de Audiencia Provincial como a Presidentes de Tribunal Superior de Justicia y otro tanto ocurre con el artículo 162 de la misma, sin que pueda olvidarse que las competencias en materia de representación, a que alude la sentencia mayoritaria en el párrafo séptimo de su fundamento quinto, no vienen atribuidas a los Presidentes de Audiencias Provinciales sino que lo son en el artículo 161.1 de la citada Ley Orgánica a los Presidentes de los Tribunales Superiores, lo que por otra parte se acentúa cuando, en casos como el que nos ocupa, la Audiencia Provincial tiene la misma sede que el Tribunal Superior de Justicia.

Lo anterior hace que lo que sí resulta improcedente es invocar, en la forma y con la finalidad que lo hace la sentencia mayoritaria, como precedentes las sentencias de 5 de febrero de 2010, Rº 72/2005 y la de 18 de mayo de 2010, Rº 186/2009 a que se refiere al final del fundamento jurídico quinto, ya que tal cita se hace sobre la base de un presupuesto del hecho que no responde a la realidad.

Sostiene igualmente la sentencia mayoritaria que no cabe invocar como precedente la citada sentencia 1033/2016 porque dice que en el presente caso la firma del manifiesto de los treinta y tres constituye la cuestión central del debate.

Tal afirmación solo se sostiene sobre la base de entender, y así parece hacerlo la sentencia mayoritaria, que la razón del CGPJ para no proponer el nombramiento de la recurrente fue precisamente la firma del citado manifiesto salvando, o intentando salvar, así el requisito de motivación específica a que hace referencia la sentencia del pleno de esta Sala 1033/2016.

No puedo estar de acuerdo con esta posición de la sentencia mayoritaria por cuanto, como más adelante razonaré, no puede darse por supuesto que aquella fuera la razón de decidir del CGPJ, sino más bien todo lo contrario vistas las manifestaciones efectuadas por los Vocales, a las que antes he hecho referencia, en el Pleno.

Como la sentencia 1033/2016 de 10 de mayo, del Pleno de la Sala Tercera, sí constituye un claro precedente del que la sentencia mayoritaria se aparta en cuanto al requisito de motivación de la razón específica en virtud de la cual no se aplica la regla de preferencia de la mujer en caso de méritos sustancialmente iguales, resulta oportuno traer aquí y ahora la cita de la doctrina jurisprudencial establecida por el Pleno de la Sala.

Se dice en la citada sentencia que:

"... queda por hacer una consideración añadida en relación con la regla contenida en el artículo 3º del reglamento 1/2010, acerca de la promoción de la mujer con méritos y capacidad en orden a la provisión de plazas judiciales como la aquí concernida.

Esa previsión reglamentaria debe ponerse en conexión con la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, y singularmente con su artículo 16, que dispone que:

"Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan"; siendo una vez más digno de resaltarse la expresa asunción de este principio por el propio CGPJ, no sólo a través del tan citado artículo 3 del reglamento 1/2010 sino ya anteriormente, a través del Acuerdo del Pleno del CGPJ de 22 de junio de 2005, que en cuanto ahora interesa decidió:

"Impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con méritos 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 procurará facilitar el nombramiento de mujeres para estos puestos".

Y más aún, el llamado "Plan de Igualdad de la Carrera Judicial", aprobado por el Pleno del CGPJ de 14 de febrero de 2013, se articula en once "ejes" de actuación, de los que el segundo se refiere a la "promoción profesional en la Carrera Judicial", contemplándose en el mismo el objetivo de "promover la remoción del déficit de presencia equilibrada de mujeres en los cargos de nombramiento discrecional realizados por el Consejo", y más específicamente aún de "impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con méritos y capacidad en los procesos de nombramiento de cargos gubernativos de la Carrera Judicial y Magistradas del Tribunal Supremo".

Y en relación con la aplicación de esta normativa, más adelante (FJ 7) añadía:

"..... nos hallamos ante algo más que ante un simple desideratum o catálogo de buenas intenciones cuya operatividad práctica pueda ser diferida sin m-as hacia un futuro indefinido, certus o incertus quando. Al contrario, se trata de una normativa que está llamada a tener funcionalidad real, y esa funcionalidad se hace más acuciante cuanto más tiempo va transcurriendo desde que entró en vigor. Desde este punto de vista, cuando nos hallamos, como es el caso, ante una aspirante mujer que tiene un perfil de méritos profesionales que se presenta inicialmente por lo menos parejo al del otro aspirante varón, e incluso en algunos relevantes puntos notablemente superior, la decisión final de adjudicar la plaza a este último tiene que ser, con especial énfasis, singularmente explicada. Es verdad que el criterio de la preferencia de las mujeres a igualdad de méritos no opera con rígido automatismo como una norma universal de obligado e incondicionado desplazamiento de los aspirantes varones, pero sí que opera como un principio rector de la decisión que exige que se expliquen cumplidamente, caso por caso, las razones por las que se prescinde casuísticamente de esa regla y se elige finalmente a un aspirante varón en detrimento de la aspirante que presenta un perfil profesional parangonable; y esto, una vez más, falta por completo en el caso examinado".

Se debe recordar también que el artículo 3 del Reglamento 1/2010 del CGPJ establece en su apartado primero que:

"las propuestas de nombramientos para provisión de las plazas de carácter discrecional se ajustarán a los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional y, en su caso, de la función gubernativa propia de la plaza de que se trate.

En la provisión de las plazas a que se refiere este Reglamento se impulsarán y desarrollarán medidas que favorezcan la promoción de la mujer con méritos y capacidad"

Por otra parte conviene adelantar ya que la sentencia mayoritaria no discute el presupuesto de hecho, méritos sustancialmente iguales entre los candidatos, para que proceda la aplicación de la regla de preferencia.

TERCERO.- La afirmación que acabo de hacer, que la sentencia mayoritaria no discute la igualdad sustancial de méritos, me lleva también a efectuar alguna puntualización importantes al último párrafo del fundamento jurídico primero de la sentencia mayoritaria, en el recoge algunos puntos de hecho que considera relevantes. Dice la sentencia mayoritaria:

«De las actuaciones resultan, entre otros, los siguientes extremos: A) La recurrente, mujer, se encuentra más de mil doscientos puestos por delante del otro candidato, varón, en el escalafón de la Carrera Judicial. B) En su día, la recurrente había firmado el llamado «Manifiesto de los 33», en que un grupo de Jueces y Magistrados destinados en Cataluña defendieron públicamente el pretendido derecho del pueblo catalán a decidir unilateralmente su futuro político. C) En la motivación que el acuerdo del Pleno del CGPJ de 31 de marzo de 2016 dio a su propuesta a favor del otro candidato no se hace referencia expresa a que la ahora recurrente hubiera firmado el citado manifiesto. D) En el acta de ese Pleno, sin embargo, queda reflejado que el referido tema fue debatido y, desde luego, es objeto -junto con la denuncia de discriminación por razón de sexo- del voto particular formulado por cinco Vocales disidentes».

Siendo ciertos los hechos a que hace referencia la sentencia mayoritaria, no lo es menos que omite otros, en mi opinión al menos igualmente relevantes, quizá lo son más, para la resolución del recurso que nos ocupa.

Nada dice sobre el hecho de que la recurrente tiene mucha más experiencia en órganos colegiados que el candidato finalmente nombrado; tampoco recoge que la experiencia en órganos de gobierno de los tribunales es igualmente superior la de la recurrente a la del Sr. Fulgencio, como también lo es el ejercicio en destinos correspondientes a las ordenes jurisdiccionales civil y penal.

En efecto, si examinamos a la vista de la documentación obrante en las actuaciones cada uno de esos méritos para determinar la concurrencia o no en el caso de autos de aquella igualdad sustancial, que no identidad, resulta lo siguiente:

El tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial: La recurrente contaba al solicitar la plaza disputada con 33 años, 3 meses y 4 días de

antigüedad en la carrera judicial ocupando el número NUM000 del escalafón. El otro aspirante, D. Fulgencio, con 25 años, 11 meses y 23 días de carrera, ocupaba el número NUM001 (s.e.u.o).

El ejercicio en destinos correspondientes a los órdenes jurisdiccionales civil y penal: La Sra. Ascension acreditaba haber estado destinada en un Juzgado mixto (DIRECCION001), el Juzgado NUM002 de DIRECCION000 (en la propuesta de la Comisión Permanente dice que es de primera instancia, pero en su solicitud la peticionaria lo reseña como Juzgado de Instrucción, igual que el Servicio de Inspección), el Juzgado

Decano de dicha capital, la Audiencia Territorial de DIRECCION000 (el impreso de la solicitante no hace referencia a este destino, pero sí consta en el informe del Servicio de Inspección y en la propuesta de la Comisión), la Audiencia Provincial de DIRECCION000 (Secciones NUM003 y NUM004, penal), la Sala de lo Social del TSJ (irrelevante a estos efectos), y nuevamente la Audiencia Provincial (Secciones NUM005, NUM006 y NUM004 correspondientes todas ellas especializadas en materia penal). Según el informe del Servicio de Inspección también estuvo destinada en la Sección NUM007, penal.

El Sr. Fulgencio acredita destinos en un Juzgado Mixto (DIRECCION002, DIRECCION003), los Juzgados de Primera Instancia números NUM008 y NUM009 de DIRECCION000, y la Sección Primera (civil) de la Audiencia de DIRECCION000 (s.e.u.o.).

El tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados y las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad técnica dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La Sra. Ascension ha servido, según el cómputo que obra en la propuesta de la Comisión Permanente, 24 años en órganos colegiados (10 en el ámbito civil y/o penal y 14 en el orden jurisdiccional social). El Sr. Fulgencio 11 años en total, en órgano con competencia civil. (s.e.u.o.).

Es cierto también, tal y como afirma la sentencia mayoritaria, que en la motivación del acuerdo del Pleno del CGPJ no se hace referencia a que la recurrente hubiera firmando el manifiesto de los treinta y tres y que en el acta del Pleno quede reflejado que fue un tema debatido, así como que ese extremo es objeto del voto particular de cinco vocales. Pero tampoco es menos cierto, y es especialmente relevante, que en dicha acta figura sin que pueda dar lugar a duda de ningún género, menos aún a presuponer como hace la sentencia mayoritaria que tal fuera la razón de no aplicar la norma de prevalencia, lo que sigue:

Una de las Vocales afirmó en el curso de la sesión plenaria en la que se trataba el asunto del nombramiento de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 que *"no se han puesto en la mesa, como digo, méritos alternativos, pero estos días sí se me ha comentado por algunos vocales, con ocasión de este nombramiento, que la magistrada Vivas firmó un manifiesto a favor del derecho a decidir de Catalunya"*, a lo que, tras una referencia a la STC 24/2014 y la expresión de su opinión al respecto, añadió la misma Vocal que *"la suscripción de este manifiesto (...) no puede operar como impedimento para reconocer la diferencia de méritos entre la magistrada y el otro candidato, ya que nos podemos encontrar en un supuesto de discriminación ideológica"*.

A esa intervención solo dan respuesta específica dos Vocales, uno para afirmar que se trata *"de una circunstancia que no debe ser tomada en absoluto en cuenta a la hora de llevar a cabo este concreto nombramiento"* y otro para manifestar que *"celebra que se haya afirmado que las cuestiones ideológicas no deben tenerse en cuenta a la hora de hacer este nombramiento, y en cualquier caso, las opiniones que pueda haber manifestado la candidata Vivas son plenamente constitucionales y no tienen nada reprochable"*.

Ninguna objeción se formuló por Vocal alguno a lo dicho y por tanto lo que sí es evidente es que todos ellos asumieron que tal cuestión no debía ser tomada en absoluto en cuenta. Tesis a la que, como más adelante se dirá, se sumó al representante legal del CGPJ en el curso del proceso.

Creo que estos datos que la sentencia mayoritaria omite son al menos tan relevantes como los que cita.

CUARTO.- Coincido con la sentencia mayoritaria en que en el caso que nos ocupa no se ha producido una discriminación por razón ideológica, pero no por las razones que en ella se dan sino porque no existe atisbo de prueba alguna de que así haya sido, tal y como afirma el Sr. Abogado del Estado en la contestación a la demanda.

La alegación de la actora carece del soporte fáctico imprescindible para su estimación tal y como destaca también el Ministerio Fiscal en su informe. Toda la argumentación de la demandante acerca de la supuesta influencia que pudo tener en la decisión del CGPJ -o de los Vocales que no apoyaron su candidatura- el hecho de que hubiese firmado un "manifiesto" que ni siquiera consta aportado a los autos, emana en realidad de la reproducción del voto particular suscrito por los Vocales que sí la apoyaron.

La cuestión podría plantearse en otros términos si se acepta, y no digo que lo haga la sentencia mayoritaria, aunque podría pensarse así es, si la razón de decidir hubiera sido la firma del llamado manifiesto de los treinta y tres en función del contenido de ese manifiesto y no por el hecho de haberse posicionado públicamente en un tema objeto de debate político en el seno de la sociedad catalana con independencia, insisto en lo dicho al inicio de este voto, del sentido de ese posicionamiento.

QUINTO.- En lo que atañe al argumento de la recurrente en relación con la discriminación por razón de sexo hemos de comenzar recordando que la Exposición de Motivos de la citada Ley 3/2007 afirma que: *"merece, asimismo, destacarse que la Ley prevea, con el fin de alcanzar esa igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los*



poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional"; y en aplicación de esos principios su artículo 11.1 dispone que "con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso".

El informe de la Comisión de Igualdad del CGPJ que obra en el expediente, pone de relieve que la presencia de mujeres en los órganos de gobierno, y en particular en las presidencias de los órganos jurisdiccionales colegiados está muy lejos de una situación de *"igualdad real y efectiva"*, sin que factores como la edad, la antigüedad o la proporción global de hombres y mujeres en la carrera judicial constituyan en nuestros días una causa objetiva de diferenciación capaz de explicar esa diferencia. En estas circunstancias, a la vista de la legislación que acabamos de transcribir, nada habría impedido que CGPJ hubiera adoptado la decisión de nombrar a la hoy recurrente para la presidencia de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 una vez acreditado que reúne los requisitos de mérito y capacidad objetivos para ello, *incluso si el otro candidato superase sus méritos "profesionales"*, en tanto que la decisión concreta no suponga -como expresamente contempla la citada ley- un apartamiento *irrazonable o desproporcionado* del principio de igualdad así *corregido* por el propio legislador, en cuyo caso es exigible como mínimo justificar ese carácter *irrazonable o desproporcionado* de la aplicación de la norma, derivada de una patente superioridad de los méritos del varón, justificación que no podría limitarse al análisis de los méritos de los candidatos si se parte del presupuesto de que la mujer reúne los requisitos de la capacidad y mérito para el desempeño del cargo.

El Acuerdo de 22 de junio de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial optó sin embargo por un régimen más moderado, introduciendo un *umbral de igualdad* de manera que solo "cuando concurren varios candidatos *con similares méritos* se procurará facilitar el nombramiento de mujeres para estos puestos". De este modo la política de *promoción, obliga llevar a cabo un análisis comparativo* previo de méritos entre los diversos candidatos, para así poder aplicar la vía de aplicación de la *regla de preferencia establecida por el CGPJ*. La aplicación de esa *regla de preferencia* encuentra su límite en la falta de *similitud* de los méritos de hombre y mujer, ya que la efectiva comprobación de una apreciable superioridad de los méritos profesionales de la mujer hace innecesaria cualquier valoración relativa al principio de no discriminación por razón de sexo y la manifiesta superioridad de los méritos del varón impide la aplicación de la regla de preferencia.

Sentado lo anterior, hemos de partir de la base de que los méritos de los candidatos son al menos sustancialmente iguales, circunstancia que la sentencia mayoritaria ya anunciamos antes que no discute, caso de no ser superiores los de la recurrente.

Ya más arriba hicimos referencia a esa superioridad de los méritos de la recurrente en determinados aspectos que la convocatoria consideraba relevantes. Así lo estima también el Ministerio Fiscal cuando en su informe individualizó los méritos de los dos candidatos con el propósito de ofrecer una visión general del concepto de igualdad sustancial entre ambos recurrentes, igualdad sustancial que ha de entenderse como ausencia de diferencia verdaderamente sustancial entre los méritos de la candidata mujer frente a los del candidato varón a favor de éste. La similitud de méritos es un requisito de equivalencia que no necesita de un análisis exhaustivo de las candidaturas, debiendo descartarse la exigencia de una exacta igualdad aritmética ya que ello nos llevaría a no poder tener en consideración la regla de promoción de la mujer más que, en su caso, *por añadidura o como factor sobreabundante*, algo que parece difícilmente conciliable con la naturaleza y eficacia del *derecho fundamental* que se trata de tutelar, ya que su vulneración, aún existiendo, quedaría sistemáticamente solapada por la mera infracción del principio de mérito y capacidad, desvirtuándose así toda eficacia *proactiva* específica de las normas de promoción de la igualdad que, como la Sala afirmó en su día, están *"llamadas a tener funcionalidad real"* y no a constituir meras *"declaraciones de intenciones"*. Se trata de garantizar el derecho a la igualdad de la mujer en situaciones *equiparables o parangonables*, no de *desempatar* una situación de plena igualdad.

Partiendo pues de ese presupuesto de hecho que la sentencia mayoritaria aunque no lo cita expresamente no discute, porque de discutirlo debería haberlo explicitado razonadamente y en ese caso sería innecesario mayor razonamiento para desestimar el recurso en el punto referente a la discriminación por razón de sexo invocada, la cuestión queda reducida a si el CGPJ en el acuerdo recurrido cumplió o no el requisito exigido jurisdiccionalmente y cuya ausencia, acreditada la igualdad sustancial de méritos, determina la infracción del Derecho Fundamental invocado, por la recurrente, tal y como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, en el que llega a la conclusión de que sí se ha producido la lesión de Derecho Fundamental invocado, ya que, en opinión que comparto, en base a la legislación y criterio jurisprudencial antes reseñado, se trata de que

en casos de igualdad sustancial de méritos, la normativa aplicable exige que si no se escoge a la candidata de sexo femenino el acto de nombramiento ha de incorporar una motivación específica y suficientemente justificativa de las razones por las que se ha descartado esa regla de preferencia de la mujer, motivación que no puede confundirse con la relativa a los méritos de los candidatos y su valoración. El incumplimiento de esta obligación legal implica por tanto una vulneración de dicha regla y en la medida en que esa regla constituye el instrumento legal de garantía del principio de igualdad, según lo ha concretado la Ley 3/2007, habrá que entender vulnerado el derecho fundamental invocado por la actora, el derecho fundamental a la igualdad sin discriminación por razón de sexo que recoge el artículo 14 de la Constitución en relación con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes tutelado por el art. 23.2 del mismo texto constitucional.

No estamos, como pretende la sentencia mayoritaria, y también el Sr. Abogado del Estado en su contestación a la demanda, ante una cuestión de legalidad ordinaria, no se trata de si toda infracción de la Ley Orgánica 3/2007 implica o no una lesión del derecho fundamental invocado por la recurrente, de lo que se trata es de que la no aplicación de la regla de preferencia, que tiene como finalidad garantizar y hacer efectiva esa igualdad, sin expresar razón alguna que justifique su no aplicación sí constituye, vistas las circunstancias del caso concreto, tal lesión.

La aplicación del principio de promoción de la mujer determina que en supuestos como el de autos basta con poner de relieve que *los méritos no son sustancialmente diferentes* para entender que en caso de que no sea elegida la mujer, sin una motivación específica justificativa del porqué no debe aplicarse la *regla de preferencia*, deba entenderse infringido el derecho fundamental de igualdad en el acceso a cargos públicos. Es decir, para que no se produzca la lesión del derecho fundamental se requiere una explicación de las razones por las que, pese a estar sujeto al deber legal de *procurar* nombrar a la mujer, el órgano competente no ha considerado procedente hacerlo, motivación específica que no puede identificarse, como decíamos, con la motivación que en todo caso ha de existir también en cuanto a la valoración de los méritos alegados.

El CGPJ en ningún momento ni en el acuerdo que recurre ni en la contestación a la demanda ofrece explicación alguna, ni aún por vía indiciaria, de cual ha sido el motivo por lo que en este caso no ha aplicado la regla de preferencia, al contrario se limita a considerar que los méritos de la hoy recurrente son menos relevantes en su opinión que los del Magistrado Sr. D. Fulgencio y por esa razón efectúa la propuesta a favor de este último. No discrepa la sentencia mayoritaria de la primera afirmación, como tampoco discrepa de que en el caso de autos los méritos de la recurrente y los del candidato nombrado son al menos sustancialmente iguales.

Mi discrepancia, ya lo anticipaba con anterioridad, se centra también en que la sentencia mayoritaria sostiene que en este caso, la razón de decidir está clara y se deduce de lo que denomina "problema de fondo", afirmando que la propia recurrente admite como fundamento de la decisión del CGPJ el haber firmado aquella el manifiesto de los treinta y tres, conclusión a la que llega en base al hecho de haberse articulado un motivo de nulidad por violación del derecho a la libertad ideológica y de opinión.

Creo que la sentencia mayoritaria hace un ejercicio de voluntarismo que en absoluto está justificado.

Olvida la sentencia mayoritaria que, como decía antes, una cosa es la discriminación por razones ideológicas y de opinión que la recurrente invoca y que exigiría que el no nombramiento se fundase en el contenido del manifiesto suscrito por la recurrente, lo que ya ha quedado rechazado, y otra muy distinta la hipotética razón a que hemos hecho referencia al inicio de este voto particular que de ser la determinante de la decisión el CGPJ, que no lo ha sido, aquel podía haberla invocado sin que nada pudiera objetarse a ello precisamente en atención al componente discrecional del nombramiento para cargos como el que es objeto de este recurso. Pero es más, olvida también la sentencia mayoritaria que en el curso del debate en el seno del Pleno del CGPJ, tal y como resulta del acta del mismo, se negó que dicha circunstancia fuese en modo alguno tomada en consideración. En el acta, decíamos antes, y conviene recordar ahora para descartar cualquier sospecha de motivación tácita, figura que:

Una de las Vocales afirmó en el curso de la sesión plenaria en la que se trataba el asunto del nombramiento de Presidente de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 que *"no se han puesto en la mesa, como digo, méritos alternativos, pero estos días sí se me ha comentado por algunos vocales, con ocasión de este nombramiento, que la magistrada Vivas firmó un manifiesto a favor del derecho a decidir de Catalunya"*, a lo que, tras una referencia a la STC 24/2014 y la expresión de su opinión al respecto, añadió la misma Vocal que *"la suscripción de este manifiesto (...) no puede operar como impedimento para reconocer la diferencia de méritos entre la magistrada y el otro candidato, ya que nos podemos encontrar en un supuesto de discriminación ideológica"*.

A esa intervención solo dan respuesta específica dos Vocales, uno para afirmar que se trata *"de una circunstancia que no debe ser tomada en absoluto en cuenta a la hora de llevar a cabo este concreto nombramiento"* y otro para manifestar que *"celebra que se haya afirmado que las cuestiones ideológicas no*

deben tenerse en cuenta a la hora de hacer este nombramiento, y en cualquier caso, las opiniones que pueda haber manifestado la candidata Vivas son plenamente constitucionales y no tienen nada reprochable"; y

Un tercer Vocal pregunta si esa mención de la firma del manifiesto se va a hacer constar en el acta, y ante la petición expresa de que conste, se reserva el derecho a formular un voto particular concurrente, cosa que no consta después.

De estas afirmaciones, difícilmente cabe extraer la conclusión de que la razón por la que el CGPJ no aplica la norma de preferencia no fue otra que la firma del manifiesto en cuestión, y menos aún que ello resulte tan evidente que haga innecesario la motivación expresa en este punto, tal y como exige la jurisprudencia de esta Sala, expuesta en el fundamento segundo de este voto, en relación con el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito referido al nombramiento para cargos judiciales de nombramiento discrecional.

Por si lo anteriormente no fuera suficiente, el representante legal del CGPJ en el presente proceso afirma, al contestar a la demanda, que la supuesta vulneración del Derecho fundamental a la libertad ideológica y de opinión se formula (por la recurrente) con carácter meramente hipotético y que no existe indicio o viso de verosimilitud de que la razón de decidir del CGPJ sea la firma por la recurrente del manifiesto de los treinta y tres.

Consecuencia de lo anterior es que el CGPJ niega tanto en vía administrativa como posteriormente en vía judicial que su razón de decidir tenga algo que ver con el hecho de que la hoy recurrente firmase el citado manifiesto y con el contenido del mismo.

No existe, por tanto, la más mínima base para sostener, como parece hacer la sentencia mayoritaria, que la razón de decidir del CGPJ y en consecuencia para no aplicar la norma de preferencia en el caso que nos ocupa no es otra que el hecho de que la hoy recurrente se haya posicionado públicamente sobre un tema objeto de debate político y que la propia recurrente asume y admite que esa fue la razón del CGPJ para no aplicar la citada regla.

A la conclusión contraria sólo se puede llegar, dicho sea con todo respeto, mediante un ejercicio de puro voluntarismo situándose la Sala en la posición del CGPJ y sustituyendo a éste en el ejercicio de sus funciones, lo que en modo alguno resulta conforme al ordenamiento jurídico ni es la función que a esta Sala corresponde, debiendo ésta limitarse a juzgar los hechos tal y como resultan de lo actuado.

No resulta tampoco relevante lo que la sentencia mayoritaria afirma en el penúltimo párrafo de su fundamento jurídico sexto en relación con la especialidad del Sr. Fulgencio en Derecho Civil Catalán. No me parece que esa circunstancia pueda desequilibrar de modo sustancial la valoración de los méritos de ambos candidatos, tampoco la sentencia mayoritaria lo afirma, difícilmente podría hacerlo si como en ella se dice las funciones jurisdiccionales del Presidente de la Audiencia Provincial se reducen en un 80%, lo que hace evidente que han de ser escasos los asuntos en que tratándose de cuestiones de tal naturaleza intervenga el Presidente, sin perjuicio de que tal especialización nada tiene que ver con el derecho hipotecario y la regulación de productos bancarios a los que se refiere la sentencia mayoritaria. Por otra parte fuera del estricto ejercicio personal de la función jurisdiccional ninguna transcendencia tiene la condición del Presidente en el ejercicio de la jurisdicción por el resto de los Magistrados de la Audiencia Provincial. Tal argumento podría ser relevante para desequilibrar la balanza a favor de uno u otro candidato si ambos fueran del mismo sexo cuando los restantes méritos fueran similares. Por otra parte esa no es la motivación especial que exige la jurisprudencia de esta Sala que ha de ser específica y distinta a la de la valoración de los méritos, que, insistimos una vez más, en el caso de autos no puede afirmarse que sean sustancialmente superiores los del candidato nombrado a los de la recurrente.

No puedo concluir este voto sin poner de manifiesto que, en contra de lo que parece que afirma la sentencia mayoritaria en el párrafo sexto de su fundamento quinto, la recurrente no pretende trato de favor alguno, no pretende que se olvide el dato consistente en haber suscrito el manifiesto de los treinta y tres, lo que pretende es que la consideración de ese dato no se lleve a cabo lesionando su derecho a la no discriminación ideológica ni tampoco por razón de sexo, y ello sólo es posible en el segundo supuesto explicitando las razones que en el caso concreto llevaron al CGPJ a no aplicar la regla de preferencia, algo que el acuerdo del CGPJ no hace. El CGPJ ha obviado la regla de preferencia sin que exista atisbo alguno del por qué de esa forma de proceder. La razón que la sentencia mayoritaria da por supuesta es negada expresamente en las deliberaciones del Pleno del CGPJ y de nuevo en el curso del proceso por el representante legal de aquel al sostener que una afirmación del tal naturaleza es meramente hipotética carente del más mínimo indicio o viso de verosimilitud. Esa falta de justificación específica no puede ser subsanado a posteriori ni por el CGPJ, ni mucho menos por esta Sala.



Consecuencia de lo hasta aquí expuesto es que el recurso debía ser estimado en parte por lesión del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo y declarada nula la resolución objeto del mismo. Sin costas.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia con su voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Luis María Díez Picazo Giménez**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ