



Roj: **STS 2487/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2487**

Id Cendoj: **28079139912017100001**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **4942/2016**

Nº de Resolución: **1136/2017**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

PLENO

**Sentencia núm. 1.136/2017**

Fecha de sentencia: 27/06/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 4942/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 08/06/2017

Voto Particular

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

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

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

Transcrito por: Nota:

Resumen

Impugnación de nombramiento del cargo de Presidente del TSJ de la Región de DIRECCION000 , realizado en ejecución de sentencia. Facultades discrecionales del CGPJ. Motivación suficiente. No se produce desviación de poder, ni arbitrariedad, ni discriminación de la mujer. Desestimación.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 4942/2016

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

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

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

PLENO

**Sentencia núm. 1136/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez



D. Pedro José Yagüe Gil  
D. José Manuel Sieira Míguez  
D. Manuel Vicente Garzón Herrero  
D. Segundo Menéndez Pérez  
D. Eduardo Espín Templado  
D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat  
D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo  
D. Octavio Juan Herrero Pina  
D. Emilio Frías Ponce  
D. José Díaz Delgado  
D. Eduardo Calvo Rojas  
D. Ángel Aguallo Avilés  
D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco  
D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella  
D. Juan Carlos Trillo Alonso  
D. José Antonio Montero Fernández  
D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech  
D. José María del Riego Valledor  
D. Diego Córdoba Castroverde  
D. José Juan Suay Rincón  
D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano  
D. José Luis Requero Ibáñez  
D. César Tolosa Tribiño  
D. Francisco José Navarro Sanchís  
D. Jesús Cudero Blas  
D. Ángel Ramón Arozamena Laso  
D. Rafael Toledano Cantero  
D. Juan Gonzalo Martínez Micó  
D. Mariano de Oro Pulido y López  
D. Rafael Fernández Montalvo

En Madrid, a 27 de junio de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo 2/4942/2016, interpuesto por D.<sup>a</sup> Milagrosa Noemi , representada por el Procurador de los Tribunales D. Guillermo García San Miguel Hoover y defendida por el Letrado D. Tomás Ramón Fernández Rodríguez, contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 26 de mayo de 2016 y contra el Real Decreto 257/2016, de 10 de junio, por los que se nombró a D. Lucio Leoncio presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 .

Es parte recurrida el Sr. Abogado del Estado, en representación y defensa del Consejo General del Poder Judicial, y es parte codemandada D. Lucio Leoncio , representado por el Procurador D. Jacobo Gandarillas Martos y defendido por el Letrado D. Santiago Milans del Bosch.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por D.<sup>a</sup> Milagrosa Noemi se interpuso con fecha 23 de septiembre de 2016 recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 26 de mayo de 2016, por el que, en ejecución de la sentencia de esta Sala de fecha 10 de mayo de 2016, se dispone el cese de D. Lucio Leoncio como Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000, y se adjudica dicha plaza de nuevo al Sr. Lucio Leoncio, así como contra el Real Decreto 257/2016, de 10 de junio; recurso que fue tenido por interpuesto mediante diligencia de ordenación de 23 de septiembre de 2016, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se entregó a la parte recurrente, mediante diligencia de ordenación de 4 de octubre de 2016, para que pudiera presentar la demanda dentro del plazo de veinte días.

**SEGUNDO.-** En ella, formalizada mediante escrito presentado el día 28 de octubre de 2016, la recurrente, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitó a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la cual, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo se anule "el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 26 de mayo de 2016 por el que se adjudicó la plaza de presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 a D. Lucio Leoncio, así como el Real Decreto 257/2016, de 10 de junio, por el que se nombró para tal cargo a dicho señor, declarando en su lugar el derecho de mi representada a que se le adjudique la citada plaza, con la consiguiente condena al pago de las costas de este proceso".

Mediante otrosí solicitó la demandante que una vez contestada la demanda se declarase concluso el pleito sin más trámite.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado, en representación y defensa del Consejo General del Poder Judicial, se opuso a la demanda en su escrito de contestación presentado ante este Tribunal el día 9 de diciembre de 2016, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho y solicitó a la Sala que se desestime el presente recurso, confirmando expresamente el acuerdo impugnado.

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 13 de diciembre de 2016 se acordó dar traslado de la demanda, para contestación, al codemandado D. Lucio Leoncio, quien evacuó el trámite mediante escrito presentado el día 13 de enero de 2017, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derechos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que, entendiéndolo innecesario el trámite de conclusiones, dicte sentencia en el sentido de desestimar íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de las costas a la parte actora.

**QUINTO.-** Por decreto de la Sra. Secretaria de la Sección de 17 de enero de 2017 quedaron las actuaciones concluidas y pendientes de señalamiento para votación y fallo.

**SEXTO.-** Mediante providencia de fecha 18 de abril de 2017 se señaló para la deliberación y fallo el día 8 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

**SÉPTIMO.-** Por acuerdo del Sr. Presidente de la Sala de 18 de abril de 2017, haciendo uso de las facultades que le otorga el art. 197 de la LOPJ, se sometió el conocimiento del presente recurso al Pleno de la Sala.

**OCTAVO.-** Por auto de fecha 1 de junio de 2017 (dictado por la Sala a la que se refiere la regla primera, 2.d) del acuerdo de 12 de diciembre de 2016 de la Comisión Permanente del CGPJ, por el que se publica el acuerdo de 29 de noviembre de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados para el año 2017) se declararon justificadas la abstenciones comunicadas por los Excmos. Sres. D. Romualdo Obdulio, D. Demetrio Obdulio, D. Ildefonso Edmundo y D. Candido Secundino.

**NOVENO.-** Esta sentencia ha estado debidamente terminada y firmada por el Sr. Magistrado Ponente en fecha 15 de junio de 2017, a partir de la cual se ha puesto a disposición de los Sres. Magistrados para su firma o formulación de votos particulares.

**DÉCIMO.-** En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D.<sup>a</sup> Milagrosa Noemi ha interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo nº 4942/2016 a) contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 26 de mayo de 2016 por el que, en ejecución de nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016, se adjudica a D. Lucio Leoncio la presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000, y b) contra el Real Decreto 257/2016, de 10 de junio por el que se nombra a dicho señor Presidente del citado Tribunal Superior.

Los antecedentes de los mencionados acuerdo y Real Decreto, son los siguientes:



- A) Por sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 10 de mayo de 2016, dictada en el anterior recurso contencioso-administrativo nº 189/2015 , se dispuso lo siguiente:
- a) Anular el acuerdo del CGPJ de fecha 29 de enero de 2015, por el que se nombró a D. Lucio Leoncio Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 .
- b) Retrotraer las actuaciones administrativas en el expediente de su razón "a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución debidamente motivada en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia".
- B) Repuestas las actuaciones a ese fin, el CGPJ dictó un nuevo acuerdo de fecha 26 de mayo de 2016 (que es el aquí impugnado), en el que de nuevo se nombró Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 al codemandado Sr. Lucio Leoncio .
- C) El citado acuerdo dice así, literalmente copiado:
- «Dicho Acuerdo ha sido anulado por sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1033/2016, de 10 de mayo de 2016 , dispuso la retroacción de las actuaciones para que se dictara un nuevo Acuerdo motivado en los términos que se indican en la resolución.
- Dando cumplimiento al fallo de la sentencia 1033/2016 ; una vez examinada debatida la propuesta de la Comisión Permanente; tras el visionado de los videos de las comparecencias de los dos candidatos; y producida la oportuna deliberación y votación, el Pleno acuerda nombrar Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 a D. Lucio Leoncio , por período de cinco años y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .
- El Acuerdo ha de adoptarse expresando la motivación que le ha sido exigida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia 1.033/2016 exteriorizando de manera específica o especial, con pleno respeto a lo señalado en dicha resolución, la valoración de los méritos que la sentencia califica de "subjetivos", esto es, los currículos y programas de actuación de los candidatos.
- La motivación se llevará a cabo ciñéndose a esos parámetros, si bien se hace necesario aclarar o, cuando menos, poner de manifiesto, que los términos de la motivación exigida son compatibles con una triple consideración previa de la que este Consejo debe necesariamente partir.
- La primera consideración es que, si bien no es cuestionable ni ha sido cuestionado que tanto el marco reglamentario ( arts. 3 , 5 , 7 y 10 del Reglamento 1/2010 aprobado por Acuerdo de este Consejo de 25 de febrero de 2010) como las bases de la convocatoria concretan una serie de méritos que han de ser objeto de ponderación, lo cierto es que ni la convocatoria ni el marco reglamentario aplicable, y menos aún la Ley Orgánica del Poder Judicial, establecen ninguna jerarquía, preferencia o mayor calidad entre los distintos méritos a valorar o ponderar. En este punto no podemos por menos que recordar que conforme al Diccionario de la RAE, ponderar es "examinar con cuidado algún asunto" o, según otra acepción, "contrapesar, equilibrar", lo que lleva a la idea de valoración de conjunto que es función de este Pleno llevar a cabo, y que ninguna relación guarda con una inexistente gradación o jerarquización de méritos.
- No es diferente la definición que la RAE hace del término ponderar en su Diccionario del español jurídico cuando dice, y citamos, que ponderación es el criterio de interpretación utilizado cuando está en juego la aplicación de diversas libertades o valores para dar preferencia a alguno, acción que, desde luego, corresponde a quien constitucional, legal y reglamentariamente tiene atribuida la misión y la facultad, la competencia, en definitiva, para ponderar o dar prevalencia a un criterio, y no a ningún otro órgano.
- La segunda consideración, en concordancia con la anterior, es que el concurso en el que se produce el nombramiento no es un concurso reglado o baremado de méritos ( art. 326.20 LOPJ ). Aunque sea una obviedad señalarlo, ni el marco reglamentario, ni las bases de la convocatoria, ni menos aún la Ley Orgánica del Poder Judicial contienen ningún baremo, ni sería lícito construirlo sobre la marcha, alterando la naturaleza del procedimiento de nombramiento.
- Y la tercera consideración, y que nuevamente vuelve a estar en consonancia con las anteriores, es que este Consejo goza por mandato legal de una amplia discrecionalidad a la hora de priorizar aquellos méritos y capacidades que considere más relevantes o trascendentes para el desempeño de la concreta plaza a cubrir en cada caso y momento. Precisamente en eso consiste "ponderar". Esta es la forma en como la Ley Orgánica del Poder Judicial ha concretado, en el ámbito de este tipo de nombramientos, la función constitucional que a este Consejo, y exclusivamente a este Consejo, encomienda el art. 122.2 de la Constitución Española , que precisamente identifica los nombramientos y ascensos, junto con la inspección y el régimen disciplinario de los miembros del Poder Judicial, como el núcleo esencial de esa función constitucional.



Es cierto que, dentro del marco constitucional, el legislador puede limitar el margen de discrecionalidad. Y es cierto también que, donde no lo haga el legislador, el propio Consejo podría autolimitar su margen de discrecionalidad como, de hecho, ha llevado a cabo con el Reglamento 1/2010. Ahora bien, este Consejo no puede por menos que llamar la atención sobre la circunstancia de que la autolimitación se ha circunscrito, en el aspecto sustantivo, a señalar una serie de criterios susceptibles de ponderación (e insistimos, ponderación), cuidándose mucho de dejar expresado en el preámbulo del mencionado Reglamento en relación con dichos méritos, y citamos, que "el Consejo puede libremente ponderar y considerar prioritarios para decidir la preferencia determinante de la provisión de estas plazas". Y no vamos a insistir en lo quiere decir ponderar o, como dice el Reglamento, "ponderar libremente": examinar con cuidado o contrapesar o equilibrar, en definitiva, valorar en conjunto y dar preferencia al criterio que se estime más adecuado.

Lo que este Consejo entiende que en ningún caso cabe aceptar es que donde el legislador no limite la discrecionalidad, o donde no se autolimite el propio Consejo, pueda un tercer órgano, el que sea, arrogarse funciones constitucionales que le son ajenas privando de ellas al órgano constitucional que las tiene atribuidas, degradándolo hasta hacer irreconocible su función, que no sería distinguible de la de un simple órgano administrativo.

Insistimos en que la motivación que seguidamente se expondrá parte de estas tres premisas que, a juicio del Consejo, no solo son compatibles con los términos de la sentencia 1033/2016 sino que, como no podría ser de otra manera, son las mismas premisas de las que forzosamente parte la propia sentencia.

Una vez dicho lo anterior, y sin perjuicio de dejar expresado que todos los candidatos han superado con solvencia el umbral de profesionalidad exigido, el Pleno de este Consejo concluye que D. Lucio Leoncio es la persona más idónea para la concreta plaza objeto de convocatoria. E igualmente concluye que es precisamente él el candidato con perfil profesional, méritos y capacidades más adecuados para la presidencia del TSJ de la Región de DIRECCION000 . Este Consejo considera su nombramiento decisivo para aspectos esenciales de la concreta política judicial, como el despliegue de la nueva oficina judicial en DIRECCION000 , el desarrollo de la mediación intrajudicial y la modernización organizativa y gubernativa del TSJ, cuyas líneas maestras corresponde fijar al CGPJ como manifestación de la función de gobierno del Poder Judicial que éste tiene expresamente atribuida, por imperativo de lo establecido en el artículo 122 de la Constitución .

La concreta ponderación de méritos que llevan a esa conclusión se expresa en los siguientes fundamentos.

## **SEGUNDO. Marco normativo de aplicación**

### **a) Aspectos de carácter general relativos al marco normativo de aplicación**

El nombramiento del cargo de Presidente de Tribunal Superior de Justicia revela el ejercicio de una potestad en cuyo ejercicio concurren elementos reglados y elementos discrecionales, cuyas posibilidades de control judicial ha sido afirmada por una progresiva jurisprudencia, perfilando la naturaleza y justificación de aquella, así como la funcionalidad y los límites de su fiscalización en el proceso contencioso- administrativo; viniendo a ser el paradigma jurisprudencial la sentencia 4 de febrero de 2011 (REC. 588/2009 ), principalmente FJ 3. También debemos hacernos eco de la STS 7 de febrero de 2011 (REC. 343/2009 ), principalmente FJ 8. Ambas resoluciones objeto de remisión por parte de STS 10 de mayo de 2016 (REC 189/2015 ).

Debe destacarse igualmente como el propio Reglamento 1/2010 que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los cargos jurisdiccionales recoge en su cuerpo normativo aquella doctrina jurisprudencia, presándose así en su propio preámbulo, asumiendo el propio CGPJ una duradera autolimitación en el ejercicio de dicha potestad, por más que lo hace los precisos términos destacados en la alegación primera.

Como manifestación concreta de los criterios a tener en cuenta a la hora de proceder a los nombramientos de carácter discrecional cobra especial importancia como guía imprescindibles el mandato definido en el art. 3, apartado 1, Reglamento 1/2010 , "las propuestas de nombramiento para provisión de 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 que se trate. En la provisión de las plazas a que se refiere el Reglamento se impulsarán y desarrollarán medidas que favorezcan la promoción de la mujer con méritos y capacidad."

Debemos estar asimismo a los criterios recogidos en el Reglamento 1/2010, ya citado, Sección 3 del capítulo II, "plazas de carácter gubernativo y de carácter jurisdiccional y gubernativo", art. 7 (Méritos comunes), art. 10 (Méritos' específicos para las Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia y de sus Salas), y finalmente art. 5 (Méritos para la provisión de plazas reservadas a los miembros de la Carrera Judicial).



De la jurisprudencia citada, del cuerpo normativo que se hace eco de la misma, así como de la LO 3/2007, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, y del Reglamento 1/2010, debemos concluir los siguientes principios de necesaria evaluación respecto a la designación de cargos discrecionales:

- (i) Necesaria motivación de los acuerdos, consecuencia de la interdicción de cualquier tipo de arbitrariedad.
- (ii) Necesaria sujeción a los requisitos de mérito y capacidad.
- (iii) Necesaria diferenciación, dentro del grado de discrecionalidad pertinente, entre los cargos de carácter estrictamente jurisdiccional y aquellos otros donde el elemento gubernativo cobre valor específico.
- (iv) El mayor grado de discrecionalidad en el ámbito de los cargos más gubernativos no elude su necesario control judicial, que se sustente en elementos objetivos, independientemente de considerar valores difícilmente evaluables, pero siempre ajenos a cualquier empatía personal o afinidad política.
- (v) Elemento de importancia concreta es el dirigido a garantizar la presencia efectiva de las mujeres con mérito y capacidad en los puestos gubernativos dando cumplimiento a principios recogidos en el cuerpo normativo citado, y a la política de que se hace eco el conjunto de Poderes del Estado, dentro de los distintos planes estratégicos.

#### **b) Naturaleza del cargo de Presidente de Tribunal Superior de Justicia**

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y para poder llevar a cabo una correcta evaluación de los distintos candidatos, conviene dejar constancia de la naturaleza del cargo judicial: Presidencia del Tribunal de Justicia de DIRECCION000 .

Sin perjuicio de sus funciones jurisdiccionales se trata de un cargo de alto contenido gubernativo, en el que las capacidades de gestión, de conocimiento de la situación, cobran especial relevancia.

#### **c) Criterios y elementos de convicción aplicados en la ponderación de méritos en el caso**

El Pleno ha tenido en consideración para la designación del candidato que considere más idóneo los datos que obran en el expediente y, específicamente, el contraste entre los expedientes personales de los candidatos, sus respectivos currículos y anexos, los programas de actuación presentados, los informes emitidos (Servicio de Inspección, Comisión de Igualdad y Sala de Gobierno del TSJ de la Región de DIRECCION000 ), y muy específicamente el resultado de sus, respectivas comparecencias públicas, que han sido grabadas en vídeo y que se han efectuado durante el proceso de selección en cumplimiento de las previsiones reglamentarias, que ha vuelto a ser reproducidas mediante su visionado en el Pleno, erigiéndose así en un elemento relevante y fuente de convicción en su apreciación, permitiendo concluir de manera muy ilustrativa y positivamente diferenciadora (en forma, contenidos cuantitativos y cualitativos) la intervención del candidato finalmente nombrado.

Al realizar la ponderación de los méritos de los candidatos, el Pleno se ha ajustado a lo previsto en la convocatoria y en el Reglamento 1/2010, de Provisión de Plazas de Nombramiento Discrecional, donde se establecen las clases de méritos de necesaria valoración, tanto comunes como específicos, hasta un total de nueve aplicables al caso presente. La ponderación de tales méritos se ha realizado atendiendo a las consideraciones contenidas en la sentencia 1.033/2016 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

Dicha sentencia constata en su fundamento jurídico quinto, apartados 1º a 4º a mayor entidad cuantitativa de los méritos de la Sra. Milagrosa Noemi en cuenta a su mayor antigüedad en la Carrera Judicial, el tiempo servido en órganos colegiados, el haber ejercido en destinos de los órdenes jurisdiccionales, civil y penal y el mayor número de sentencias penales, además de civiles, que ha aportado. En la medida en que la constatación de esas circunstancias se agota, en su expresión numérica no es necesario insistir más en ellos.

En la valoración de los otros cinco méritos susceptibles de ponderación según el Reglamento 1/2010, la misma Sentencia se refiere en su fundamento jurídico quinto, apartado 9º, a los mayores méritos del Sr. Lucio Leoncio en lo relativo al ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga significación, reseñando específicamente su actividad de formación, investigación, docencia y publicaciones. Continúa la Sentencia en su fundamento jurídico quinto, apartados 5º, 6º y 7º, haciendo una sucinta constancia de los méritos que concurren en cada uno de los candidatos en lo que se refiere a las aptitudes de dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, participación en órganos de gobierno del Poder Judicial y conocimiento de la situación de los órganos jurisdiccionales del territorio. Finalmente, respecto al último de los méritos susceptibles de valoración (los programas de actuación presentados por los candidatos), la repetida Sentencia reprocha -el déficit de motivación en la relevancia otorgada por el acuerdo de nombramiento al programa de actuación del Sr. Lucio Leoncio , señalando al respecto (fundamento jurídico sexto) que "... resulta inexcusable aportar en sustento de la decisión un razonamiento especialmente cuidado



que explique por qué razón el proyecto de actuación elaborado por el candidato designado tiene tal nivel de excelencia, por contraste dialéctico con el de los demás aspirantes, que permite inclinar la decisión a favor de aquél ...".

En la medida en que la valoración de estos cinco méritos no se agota en una simple expresión numérica, se procederá a detallar la valoración que el Pleno - hace de los mismos y que, se avanza ya, permite concluir una diferencia y prevalencia de los expuestos por D. Lucio Leoncio frente a los acreditados por D<sup>a</sup> Milagrosa Noemi , méritos que se considera que son los que mejor se adaptan a las características de la plaza objeto de convocatoria y a los retos que debe afrontar en este momento la Presidencia del TSJ de la Región de DIRECCION000 , y que hacen a dicho candidato más idóneo para las concretas características y exigencias actuales del puesto que es objeto de convocatoria.

**TERCERO. Programa de actuación para el desempeño de la plaza solicitada ( art. 7.2.b del Reglamento 1/2010 ).**

La mayor idoneidad del Sr. Lucio Leoncio para la plaza la sustenta el Pleno, en primer término, en la calidad, prolijidad, extensión, gran proyección de futuro y muy interesantes propuestas incluidas en el programa de actuación que " ha presentado. Un total de 62 iniciativas, que articula a lo largo de los cuatro enfoques en que estructura su programa de actuación, y en concreto:

(i) Enfoque de calidad en la gestión gubernativa, que contiene concretas y muy interesantes iniciativas de mejora de los procesos y herramientas de dirección y gestión gubernativa en el ámbito del TSJ, como elaboración de planes estratégicos plurianuales y sus correspondientes planes operativos anuales; incorporación de la metodología de gestión por proyectos; implantación integral del sistema electrónico de gestión gubernativa para la eliminación del papel en dicho ámbito; fortalecimiento de los cuadros intermedios en todos los niveles de la organización judicial; o auditorías virtuales de los órganos judiciales de carácter transversal con enfoques temáticos sobre aspectos contenidos en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, entre ellos, la puntualidad en el inicio de las vistas orales;

(ii) Enfoque de servicio público y orientación a la sociedad, los profesionales y los usuarios, que contiene interesantes propuestas en materia de relaciones con la sociedad; profundización en la transparencia y la rendición de cuentas; mejora en la atención e información al público y profesionales, proponiendo el diseño y puesta en funcionamiento de un sistema regional único e integral de atención al público, soportado en una red regional de puntos de atención, entre otras medidas; fomento de la accesibilidad al servicio público de Justicia de grupos en riesgo de exclusión social; o la elaboración de las cartas de servicios de todas las dependencias judiciales;

(iii) Enfoque dirigido a obtener una mayor eficacia, eficiencia e impacto del trabajo jurisdiccional, con concretas y muy prometedoras iniciativas de mejora, homogeneización y transparencia en los sistemas y normas de reparto de asuntos; de optimización del trabajo de jueces y magistrados, con propuesta de replicación en la Región de DIRECCION000 de experiencias de otros territorios de implantación de tribunales de instancia de facto; reasignación de efectivos infrautilizados mediante la reconversión de órganos judiciales; extensión a otras jurisdicciones y partidos de la experiencia de elaboración de protocolos de unificación de criterios y buenas prácticas ya ensayados con éxito durante su gestión como decano del partido judicial de DIRECCION000 ; o fomento de la previsibilidad de la respuesta judicial, a través de la sub-especialización por materias, o la promoción de espacios presenciales y virtuales de encuentro de jueces y magistrados para una mayor homogeneización de criterios; y

(iv) Enfoque de innovación, modernización y excelencia organizativa, con concretas e interesantes propuestas en relación al despliegue gradual de la nueva oficina judicial; de gestión del cambio; y de mejora en la organización, procesos y herramientas a disposición de las oficinas judiciales.

.Este programa contrasta -descendiendo al contraste dialéctico ordenado por la sentencia de constante referencia- con la parquedad del programa de actuación presentado por la Sra. Milagrosa Noemi , que contiene escasas, genéricas y muy triviales propuestas, hasta el punto de que termina siendo una incógnita cuál es sería el programa que guiaría su actuación, incógnita que no ha despejado durante su comparecencia y que ha estado a la altura de la limitación del propio proyecto, y que se ha caracterizado por su vaguedad en las propuestas a las que ha aludido de manera desestructurada, tal y como se pone de manifiesto en el reexamen de la comparecencia después de su visionado en el Pleno. El Pleno no puede dejar de constatar en este Acuerdo que el visionado de las comparecencias evidencia la diferencia que media entre el planteamiento realizado por la Sra. Milagrosa Noemi y el Sr. Lucio Leoncio , cuya mayor comprensión, nos referimos a la del Sr. Lucio Leoncio , de las necesidades organizativas del TSJ y preparación para afrontarlas resulta indiscutible, rabiosamente, indiscutible, avasalladora incluso. 'En definitiva, una comparecencia de la que ha tomado visión directa el Pleno que pone de manifiesto, confirmando sin lugar a dudas la calidad de su programa de actuación,



que D. Lucio Leoncio tiene una visión y comprensión de los retos organizativos del TSJ de DIRECCION000 muy superior a la de la Sra. Milagrosa Noemi , y una preparación acorde con esa superioridad.

En línea con esta apreciación, cabe destacar que las detalladas y elaboradas propuestas contenidas en el programa de actuación del Sr. Lucio Leoncio merecen una valoración extraordinariamente positiva por parte del Pleno. Un programa que, junto al resto de méritos concurrentes a los que se hará posterior referencia, resulta decisivo para el nombramiento, en la medida en que sus propuestas concretan, encarnan y proyectan de forma notable y definitivamente mejor que la otra candidata las opciones de política judicial que corresponde fijar en exclusiva a este CGPJ, aportándoles un dinamismo y proyección que se estiman del mayor interés para el TSJ de la Región de DIRECCION000 .

El Pleno ha valorado especialmente a este respecto las aportaciones y propuestas del Sr. Lucio Leoncio respecto de lo que para este Consejo son tres de los más importantes retos que afronta en el momento presente la organización judicial, en general, y el TSJ de DIRECCION000 , en particular. En primer lugar, los retos asociados a la implantación de la nueva oficina judicial y su incidencia sobre el trabajo jurisdiccional, cuyo despliegue -gradual y todavía no completado- en la Región de DIRECCION000 se viene produciendo desde el año 2011. En segundo lugar, los retos que plantean las recientes reformas legislativas de desarrollo de la mediación intrajudicial. Y en tercer lugar, la necesidad de incrementar los niveles de eficacia en la gestión, transparencia y rendición de cuentas de la actividad gubernativa de los órganos de gobierno del Poder Judicial entre ellos, los Tribunales Superiores de Justicia.

Por otro lado, las propuestas del Sr. Lucio Leoncio no solo concretan, encarnan y proyectan de forma extraordinariamente mejor que la otra candidata las referidas opciones de política judicial, sino que están, además, avaladas en tales concretas líneas de actuación más relevantes para este CGPJ, por una trayectoria, experiencia, conocimientos y destrezas que hacen a dicho candidato particularmente idóneo para llevarlas a efecto.

(i) En primer lugar, el programa de actuación presentado por el Sr. Lucio Leoncio se alinea y profundiza en uno de los principales retos y líneas de trabajo del CGPJ: el despliegue de la nueva oficina judicial y su incidencia en el trabajo jurisdiccional. Las propuestas y actuaciones citadas en este punto por el Sr. Lucio Leoncio vienen avaladas por su amplia experiencia y trayectoria en dicha materia. Su currículum evidencia que durante su amplio desempeño como magistrado-jefe decano del Partido Judicial de DIRECCION000 se produjo el primer despliegue (junto con la ciudad de Burgos) de la nueva oficina judicial en el territorio nacional. Despliegue que, por su éxito, se ha convertido en referente nacional en nueva oficina judicial. Su experiencia en este tema se completa con su condición de miembro de la Comisión Jurídica Asesora Nacional para la implantación de la Nueva Oficina Judicial y, en su día, del Grupo Nacional de Apoyo para reforzar la participación del Consejo General del Poder Judicial en el despliegue de la Nueva Oficina Judicial. Su currículum evidencia, además, su participación en varias publicaciones, artículos y ponencias monográficas sobre la oficina judicial, la incidencia en la misma de las últimas reforma procesales, y sobre los mecanismos de gestión de disfunciones y conflictos derivados de su implantación. Trayectoria y experiencias que, ausentes en el caso de la Sra. Milagrosa Noemi , hacen al candidato designado especialmente indicado para tener un rol director en los sucesivos y ya programados despliegues de la nueva oficina judicial en el ámbito del TSJ de la Región de DIRECCION000 .

(ii) En segundo lugar, el programa de actuación presentado por el Sr. Lucio Leoncio recoge uno de los principales retos y líneas de trabajo del actual CGPJ, cual es la promoción de la mediación intrajudicial como mecanismo complementario de resolución de conflictos. De nuevo en este punto, sin parangón alguno con la otra candidata, la trayectoria y experiencia del Sr. Lucio Leoncio otorgan consistencia y credibilidad a sus propuestas. Su currículum evidencia su condición de mediador titulado con los requisitos exigidos en el Real Decreto 980/2013, de 13 diciembre, de desarrollo de la Ley 5/2012, 6 julio, Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles; así como su condición de miembro de la Sección Española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), cuyo punto neutro de promoción de la mediación en la Región de DIRECCION000 coordina desde hace varios años. Destaca también su protagonismo -durante su desempeño como magistrado-jefe decano del Partido Judicial de DIRECCION000 - en el diseño y puesta en marcha de la Unidad de Mediación Intrajudicial de DIRECCION000 , reconocida como una de las más interesantes experiencias del panorama nacional para la incorporación de la mediación a la carta de servicios de la Administración de Justicia (en tales términos viene calificada por la Orden JUS 1721/2014 y por la concesión del Premio Calidad de la Justicia 2015 otorgado por el CGPJ). Y, finalmente, son también relevantes su labor de investigación como experto consultor internacional de la Comisión Europea en mecanismos alternos de resolución de conflictos, y sus varias publicaciones en el tema, que incluyen una monografía de autoría única sobre la mediación penal, y la participación en obras colectivas y artículos sobre la misma materia.





(iii) En tercer lugar, el programa de actuación del Sr. Lucio Leoncio representa un paradigma en uno de los retos que afronta el sistema de Justicia español, en los que este CGPJ está especialmente involucrado, a saber: la necesidad de incrementar los niveles de eficacia en la gestión, transparencia y rendición de cuentas de la actividad gubernativa de los órganos de gobierno del Poder Judicial, entre ellos, los TSJ. Destacan en este punto las muy interesantes propuestas contenidas en los cuatro ejes de su programa de actuación relativas a la innovación y modernización tendentes a la obtención de la excelencia organizativa y la calidad en la gestión gubernativa, señalando una serie de valiosas iniciativas en relación con la transparencia y la rendición de cuentas, planificación estratégica, optimización de recursos a través de la comarcalización y regionalización de órganos judiciales y servicios, (cooperación jurídica internacional, subastas judiciales, jurisdicción voluntaria, apud acta, ejecución, etc.), gestión del cambio y mejora de la organización de las oficinas judiciales y de los procesos y herramientas al servicio de la Administración de Justicia. Propuestas que no encuentran parangón alguno en el programa presentado por la Sra. Milagrosa Noemi y que, también en esta ocasión, se hallan avaladas por los muchos y variados proyectos y actuaciones ya ejecutados en anteriores responsabilidades por el Sr. Lucio Leoncio, así como por un muy relevante bagaje en labores de asesoramiento y consultoría internacional en materias relativas a la organización y gestión judicial, llevadas a cabo en más de 25 países, de la que son meros exponentes su intervención en la constitución y elaboración del "Libro de Reglas" de la Corte de Estado para crímenes de guerra de Bosnia Herzegovina o su intervención en la redacción de proyectos legislativos sobre organización y carrera judicial en Nicaragua, Honduras y Bolivia. Todo ello es valorado por el Pleno como revelador de un dinamismo y capacidad de iniciativa y gestión en el candidato que resultan del mayor interés para una presidencia de TSJ.

**CUARTO. Experiencia y participación en órganos de gobierno del Poder Judicial ( art. 7.2.a del Reglamento 1/2010 ).**

El Pleno aprecia muy positivamente la dilatadísima y muy rica y variada experiencia gubernativa del Sr. Lucio Leoncio, que lo hacen desde este punto de vista más idóneo para el cargo que la Sra. Milagrosa Noemi. La trayectoria y experiencia gubernativas del Sr. Lucio Leoncio recorren buena parte de la escala orgánica de gobierno del Poder Judicial (decanatos, sala de gobierno y, órganos técnicos del CGPJ), superando en variedad de responsabilidades asumidas y duplicando en duración la de la Sra. Milagrosa Noemi.

(i) En primer lugar, el Sr. Lucio Leoncio acumula una experiencia como juez decano de casi ocho años frente a los menos de tres años de la Sra. Milagrosa Noemi. De ellos, el Sr. Lucio Leoncio ha ejercido durante seis años en un partido judicial capitalino (el de DIRECCION000, con 54 unidades judiciales a su cargo), mientras que la experiencia decanal de la Sra. Milagrosa Noemi se contrae a dos años en el partido judicial de Lorca (con dos juzgados, uno de primera instancia y otro de distrito en aquella fecha), y ocho meses en el decanato de Vitoria, que en aquella fecha contaba solo con siete juzgados, cuatro de primera instancia y tres de distrito.

(ii) El Sr. Lucio Leoncio presenta también una dilatada experiencia " gubernativa como miembro de la Sala de Gobierno del TSJ de la Región de DIRECCION000, coincidente en este punto con la de la Sra. Milagrosa Noemi; cargo que ambos han desempeñado ininterrumpidamente desde el mes de diciembre de 2009 hasta la fecha de la convocatoria de esta plaza, a la que la ésta última adiciona dos meses de pertenencia a la Sala de Gobierno del TSJ de Castilla-La Mancha.

(iii) El Sr. Lucio Leoncio completa su experiencia gubernativa con su destino (que no tiene parangón en la trayectoria de la Sra. Milagrosa Noemi) durante casi tres años (981 días, del 7 de mayo de 2003 al 12 de enero de 2006) como letrado del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial, en el que llegó a ostentar el cargo de Letrado-jefe de Servicio.

(iv) Adicionalmente, el Sr. Lucio Leoncio ha mantenido una participación permanente, intensa y variada en actividades y responsabilidades relacionadas con aspectos gubernativos: que no encuentra tampoco parangón en la trayectoria de la Sra. Milagrosa Noemi. Así, aquél es miembro de la Comisión Jurídica Asesora Nacional para la implantación de la Nueva Oficina Judicial; fue miembro del Grupo Nacional de Apoyo para reforzar la participación del Consejo General del Poder Judicial en el despliegue de la Nueva Oficina Judicial, creado en el mes de noviembre de 2010; ha sido miembro desde el año 2009 hasta la fecha de la convocatoria de la Comisión Nacional de Jueces Decanos de España; y ha sido coordinador del Plan de Formación Territorial Descentralizada de Jueces y Magistrados en la Comunidad Autónoma de DIRECCION000 durante los años 2006 a 2014, ininterrumpidamente.

(v) Tan amplia, rica y variada trayectoria gubernativa, muy superior, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, a la de la Sra. Milagrosa Noemi, permite atribuir al Sr. Lucio Leoncio un conocimiento intenso del Derecho Orgánico Judicial y su aplicación práctica y operativa de funcionamiento, así como una perspectiva panorámica -hacia arriba y hacia abajo en la escala jerárquica- del organigrama de gobierno interno del Poder



Judicial, que el Pleno considera de gran interés e idoneidad para ejercer como Presidente de un TSJ y asumir los retos antes señalados.

**QUINTO. Ejercicio de profesiones y actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia** ( art. 5.3 del Reglamento 1/2010 ).

El Pleno aprecia también de forma altamente positiva el perfil y trayectoria profesionales del Sr. Lucio Leoncio , dada su condición de miembro de las carreras fiscal y judicial, en las que ingresó por oposición (con el número 3 de su promoción de ingreso en la Carrera Judicial), lo que marca una diferencia con la carrera profesional de la Sra. Milagrosa Noemi , que ingresó a través de la extinta categoría de jueces de distrito y no es miembro de la Carrera Fiscal. De destacar es también la amplísima actividad docente e investigadora del Sr. Lucio Leoncio , de la que son muestra sus publicaciones y artículos, así como su dilatada y muy valiosa experiencia como asesor y consultor en el ámbito internacional (más de 25 países) en programas y proyectos de Naciones Unidas, la Unión Europea, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia Española de Cooperación, relacionados con la organización del Poder Judicial y la Carrera Judicial.

SEXTO. Conocimiento de la situación de los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito del TSJ de la Región de DIRECCION000 ( art. 10.a del Reglamento 1/2010 ).

El Sr. Lucio Leoncio acredita también un amplio conocimiento de la situación de los órganos judiciales de su territorio, consustancial no solo a su condición de miembro de la Sala de Gobierno de dicho TSJ desde el año 2009, sino también como consecuencia de su desempeño como juez decano del Partido Judicial de DIRECCION000 durante los últimos seis años, lo que, dada la concentración de órganos en la capital (la macrocefalia de la que ilustrativamente habla en su comparecencia), le otorga un conocimiento muy preciso y concreto sobre el 47'7 °A de los órganos judiciales de toda la Comunidad Autónoma y el 64'5 % de los jueces y magistrados destinados en la Región.

**SÉPTIMO. Experiencia y aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de los medios humanos y materiales vinculados a la plaza** ( art. 7.1 del Reglamento 1/2010 ).

El Pleno valora también a favor de la idoneidad del Sr. Lucio Leoncio para el cargo, su acreditada y muy amplia y rica experiencia en la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, gestión de proyectos y representación institucional. Experiencia polifacética obtenida con ocasión de su trabajo como letrado del Gabinete Técnico del CGPJ y Jefe del Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ (dirigiendo un equipo de 12 personas, incluidos otros cuatro letrados); por su condición de encargado durante tres años de la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana (con la carga organizativa y de coordinación de los grupos de trabajo integrados por representantes de los 22 poderes judiciales iberoamericanos que ello conlleva); a través de su trabajo en la coordinación de la Red Europea de Consejos de la Judicatura; por su condición de responsable durante tres años de las redes judiciales de cooperación civil y-penal europea e iberoamericana; y como decano -del Partido Judicial de DIRECCION000 (dirigiendo un equipo de 17 personas y ordenando a 60 jueces y magistrados).

Experiencia práctica complementada, además, con formación académica específica (que desgrana en su currículum) en planificación estratégica orientada al sector público, dirección y motivación de equipos de trabajo y dirección pública de instituciones político-administrativas. Una experiencia organizativa, de dirección y gestión de recursos que, por tanto, va mucho más allá de la que puede predicarse de la Sra. Milagrosa Noemi como consecuencia de su desempeño jurisdiccional en una sección de Audiencia Provincial, que es el único y muy limitado espacio de dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos en el que ésta se ha desempeñado en las últimas dos décadas.

La convicción con la que el Sr. Lucio Leoncio ha trasladado sus claros mensajes en su comparecencia que fue visionada durante la celebración del Pleno revela también que la preparación para el liderazgo del que es prueba su currículum profesional es un elemento del que este Consejo no puede prescindir.

**OCTAVO. Excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional** (art. 5.1 y 2).

Partiendo, como hace la Sentencia 1.033/2016 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo tantas veces citada, de la mayor entidad cuantitativa de los méritos que adornan a la Sra. Milagrosa Noemi en cuanto a su mayor antigüedad en fa Carrera Judicial, el tiempo de servicio en órganos colegiados, el haber ejercido en destinos de los órdenes jurisdiccionales civil y penal y en el mayor número de sentencias penales, además de civiles, que presenta, ello no obsta para constatar también la acreditada excelencia profesional del Sr. Lucio Leoncio en el ámbito estrictamente judicial, manifestada en la calidad de las resoluciones judiciales aportadas; su amplia y actualizada experiencia en la jurisdicción penal (que el Pleno considera especialmente indicada para la Sala Civil y Penal del TSJ de un territorio que no tiene derecho civil foral o especial y llamada a asumir la segunda instancia penal); y con una antigüedad en la Carrera Judicial de más de veinticinco años al momento de la



convocatoria que, aunque menor que la que tiene la Sra. Milagrosa Noemi , supera con creces los tiempos mínimos legalmente exigidos (quince de pertenencia a la Carrera Judicial y diez en la categoría de magistrado) para aspirar a este cargo.

#### **NOVENO. Conclusión resultante de la ponderación de méritos**

Llegados a este punto, teniendo en cuenta la naturaleza de la plaza objeto de nombramiento y bajo los parámetros que imponen los principios de mérito y capacidad, el resultado de la ponderación de los méritos alegados y acreditados por los candidatos conduce necesariamente a concluir que, a juicio de este Pleno, D. Lucio Leoncio es el candidato más idóneo para el desempeño de la plaza de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 .

#### **DECIMO. Presencia equilibrada de la mujer en cargos discrecionales ( art. 3.1 del Reglamento 1/2010 ).**

Una vez enunciado el resultado de la ponderación de los méritos alegados y acreditados por los candidatos, y previo realizar una declaración final relativa a la asignación de la plaza, se hace necesario tomar en consideración la cuestión que se enuncia en el título del presente fundamento, cuya importancia impone una consideración específica. Ello es así por ser exigencia de nuestro ordenamiento jurídico, de la que este órgano judicial se hace eco, el promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Y no simplemente como una postura teórica, sino llevado a la práctica, tratando de alcanzar los objetivos señalados en la LO 3/2007, en el Reglamento 1/2010, así como en Acuerdo de este CGPJ que datan del año 2005. Eso sí, siempre en parámetros de mérito y capacidad.

El Pleno deja constancia de que, tanto en el procedimiento de incorporación de informes previos, entre los que se encuentra el emitido por la Comisión de Igualdad del propio CGPJ, como al tiempo de la deliberación y de la toma de decisión por el Pleno, se han tenido en consideración los principios rectores tendentes a asegurar la presencia equilibrada de la mujer en cargos discrecionales. Este Consejo, por lo tanto, sí ha realizado el esfuerzo y la actividad tendente a conocer el impacto de género en su decisión y a ponderar la concurrencia en el caso presente de tales principios rectores.

Cuestión distinta, sin embargo, es que las normas y principios que orientan a la presencia equilibrada de la mujer en cargos discrecionales operen con rígido automatismo cada vez que una mujer concurra con candidatos varones a una plaza de nombramiento discrecional, con subsiguiente desplazamiento obligado e incondicionado de éstos últimos. Ello solo ocurrirá cuando nos encontremos ante candidatos que, como resultado de la valoración efectuada por el Consejo, éste aprecie una idoneidad parangonable o una igualdad sustancial de méritos entre candidatos de distinto género. Esta no es, sin embargo, una circunstancia que acontezca en el presente caso, en el que el Pleno, en ejercicio de sus facultades a la hora de ponderar y priorizar los méritos que ha juzgado determinantes para la provisión de la plaza en cuestión, ha concluido con la existencia de una diferencia de idoneidad a favor del candidato varón para dicho cargo, en atención a la superior valoración de su currículum y su programa de actuación, globalmente considerados, respecto de los presentados por la candidata mujer, y a las mayores cotas de capacidad y mérito de aquél sobre ésta en orden al desempeño del concreto cargo a cubrir, tal y como ha sido minuciosamente expresado en los párrafos precedentes, a los que nos remitimos y damos aquí por reproducidos en evitación de innecesarias repeticiones.»

Consta en el expediente que en relación con este acuerdo plenario las Vocales del CGPJ D.<sup>a</sup> Amparo Esperanza , D.<sup>a</sup> Sara Sandra , D.<sup>a</sup> Monica Herminia y D.<sup>a</sup> Fermina Vanesa , así como el vocal D. Marcelino Lorenzo , formularon voto particular fechado el día 22 de mayo de 2016, con el siguiente contenido:

«Con el máximo respeto a la decisión de la mayoría del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre la ejecución de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2016 , relativa al nombramiento de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 , pero también desde nuestro absoluto desacuerdo con la forma y el fondo de dicha decisión, nos vemos en la obligación de expresar nuestra discrepancia con el Acuerdo ejecutada, y en cuanto al nombramiento que se reitera, minusvalora el ejercicio de la función jurisdiccional, infringe los principios de mérito y capacidad, incumple los requisitos anunciados en la convocatoria, incurre en discriminación proscrita en el art. 14 de la Constitución Española , e integra, nuevamente, su supuesto de desviación de poder.

#### **1º.- INTRODUCCIÓN.**

#### **FUNDAMENTACIÓN.**

La Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, núm. 1033/2016 de 10 de mayo , estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 189-2015 interpuesto por Milagrosa Noemi contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 29 de enero de 2015, por el que



se nombró D. Lucio Leoncio Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 , y en consecuencia anula dicho Acuerdo y retrotrae las actuaciones administrativas en el expediente de su razón a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución debidamente motivada en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Estos términos se concretan, conforme a lo expresamente dispuesto en el fundamento jurídico octavo de la sentencia, "en la observancia y respeto de la pautas que hemos explicado en los fundamentos de Derecho 6º y 7º anteriores, en los que, resumidamente, se expresa que en un supuesto como el actual en que la valoración de los elementos objetivos de la recurrente se impone tan claramente sobre los del candidato designado, se revela como exigencia insoslayable un plus de motivación en el acuerdo de nombramiento que justifique debidamente la significativa relevancia concedida al resto de los requisitos anunciados en el acuerdo de convocatoria".

La Sentencia que se ejecuta, citando la Sentencia de 4 de febrero de 2011, rec. 588/2009 FJ 4º, advierte, en todo caso, de la necesidad de evitar el resultado "de que la reposición de actuaciones dé lugar a la misma decisión aunque con otro ropaje y que al fin y a la postre desemboque en una repetición del mismo litigio entre los mismos contendientes y con arribada a la misma resolución de fondo".

A nuestro entender lo que realiza la mayoría del Pleno del Consejo en la nueva resolución, que reitera el nombramiento anterior, es precisamente lo que el Tribunal Supremo considera necesario evitar: adoptar la misma resolución con distinto ropaje. Un ropaje que minusvalora, y prácticamente anula, los méritos de naturaleza jurisdiccional, para primar los extrajurisdiccionales, incluidas las funciones asistenciales en el propio Consejo.

En síntesis, la supuesta ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo lo que hace es extenderse en consideraciones sobre propuestas de actuación de carácter gerencial, valoradas en absoluta subjetividad, y obviar que lo que se está nombrando es al Presidente de un Tribunal de Justicia. El Presidente de un Tribunal Superior de Justicia, cuya función esencial es la de resolver los recursos jurisdiccionales que deben garantizar, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, la seguridad jurídica, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la predictibilidad de las resoluciones judiciales y la unidad del ordenamiento jurídico.

Funciones jurisdiccionales que, en la prolija argumentación de la mayoría, brillan absolutamente por su ausencia, ante el desmesurado peso, a nuestro entender arbitrario, que se atribuye a las labores gubernativas, valorando de un modo exclusivo y excluyente factores relacionados con la gestión. Factores que son relevantes, no cabe duda, pero que no pueden ser los únicos determinantes para el nombramiento de un cargo jurisdiccional. Máxime cuando la nueva regulación del proceso penal le atribuye la Presidencia del Tribunal que debe resolver todos los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de los órganos jurisdiccionales penales más relevantes de la Comunidad, siendo la experiencia jurisdiccional del candidato nombrado en la resolución de recursos de apelación nula, por su exclusiva dedicación hasta la fecha del nombramiento anulado a órganos unipersonales, frente a los veintitrés años de experiencia en este tipo de recursos de la candidata alternativa, preterida por el Pleno por segunda vez.

En nuestra opinión, a la vista del contenido de los fundamentos quinto, sexto y séptimo de la sentencia del Tribunal Supremo, este absoluto desconocimiento de los méritos jurisdiccionales que se aprecia en la profusa argumentación de la mayoría, suplantados por los gerenciales, no puede tener otra explicación que el hecho de que tomar en consideración los méritos jurisdiccionales llevaría necesariamente a la mayoría del C.G.P.J a tener que efectuar el nombramiento en favor de una candidata no deseada, lo que, a falta de una justificación razonada y razonable, constituye una muestra clara de arbitrariedad que da lugar a una auténtica desviación de poder.

## **2º.- ARBITRARIEDAD DE LA RESOLUCIÓN.**

Destaca en el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Supremo cuya ejecución analizamos, un razonamiento que por su lógica, coherencia y claridad de la exposición de las funciones esenciales del CGPJ, se muestra como absolutamente evidente. Dice el Tribunal Supremo al valorar la "endeble" motivación del nombramiento que anula que "tratándose al fin y al cabo de una vacante judicial que conlleva un importante perfil de ejercicio puramente jurisdiccional, la formación que de verdad importa con carácter principal es la formación para el ejercicio de la función judicial, y en este punto falta por completo un razonamiento que evidencie un plus de méritos para el designado por comparación con los otros aspirantes".

Pues bien, en el caso actual, por más esfuerzo que se realice en el análisis de la prolija motivación del nuevo acuerdo dictado, la conclusión sigue siendo la misma: falta por completo un razonamiento que evidencie un plus de méritos en el ejercicio de la función judicial para el designado en comparación con la otra aspirante.

Constituye un esfuerzo inútil, que en el caso actual conduce a la desolación, intentar encontrar a lo largo de la nueva fundamentación del acuerdo una argumentación que otorgue la más mínima consideración al



ejercicio, la experiencia y la excelencia jurisdiccional, en todos los sentidos, y específicamente en órganos jurisdiccionales superiores como los que va a presidir, "per saltum", el nombrado, frente a las habilidades de gestión, a las que se otorga un valor absoluto, olvidando que esencialmente se está eligiendo un cargo jurisdiccional.

Estimamos, por ello, que simplemente se ha sustituido la insuficiencia de motivación que presentaba la resolución anulada, por un desmenuzamiento de los motivos ya expresados en la misma, incurriendo la nueva fundamentación en manifiesta arbitrariedad.

Puede decirse, con carácter general y de forma sintética, que una motivación es arbitraria, en primer lugar cuando utiliza argumentos que no responden a los principios de la razón y de la lógica, a las reglas de la experiencia o a los conocimientos científicos; en segundo lugar cuando los razonamientos parten de premisas falsas, porque obviamente en estos casos se alcanzarán conclusiones falsas, y, en tercer lugar, cuando no se respeten los criterios normativos de aplicación en el ámbito de la decisión que debe adoptarse. Pues bien, en el caso actual no solo concurren en la resolución de la que discrepamos uno de estos vicios argumentativos, sino que concurren los tres, como señalaremos sucintamente.

### **3º.- LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE APRECIACIÓN QUE CORRESPONDE AL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), EN EL ÁMBITO DE LA DESIGNACIÓN DE CARGOS JURISDICCIONALES.**

Como es natural mostramos nuestra conformidad con las alegaciones iniciales del Acuerdo que defienden la competencia del CGPJ en el ejercicio de sus funciones constitucionales.

Pero debemos discrepar de la apreciación que parece atribuir al Tribunal Supremo un exceso de jurisdicción, cuando se dice literalmente en el Acuerdo de la mayoría que "en ningún caso cabe aceptar que ..... pueda un tercer órgano, el que sea, (evidentemente se refiere al Tribunal Supremo) arrogarse funciones constitucionales que le son ajenas privando de ellas al órgano jurisdiccional que la tiene atribuidas...".

Estimamos que, por la propia esencia de sus funciones, el CGPJ es el primer obligado a respetar las resoluciones judiciales, especialmente cuando proceden del Tribunal Supremo, y a asumir los límites que se establecen por la doctrina jurisprudencial.

El núcleo esencial de esta doctrina jurisprudencial se encuentra en la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 (Recurso 407/20069 , en la que se establecen tres premisas básicas: 1ª) la libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un claro espacio de actuación reconocido; 2ª) la existencia de unos límites, también constitucionales, que necesariamente condicionan esa libertad y están constituidos por los principios de igualdad, mérito y capacidad y el mandato de interdicción de la arbitrariedad ( artículos 23.2 , 103.3 y 9.3 CE ); y 3ª) la significación que ha de reconocerse al requisito de motivación.

Y en la ejecución de esa doctrina no cabe apreciar que el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se haya arrogado, en absoluto, funciones constitucionales que no le son propias, sino que ejercita las funciones específicas que tiene atribuidas como Poder Judicial en sentido propio.

Esta doctrina jurisprudencial ha adquirido, además, rango normativo dado que el propio CGPJ la incorporó consciente y explícitamente a sus reglamentos, primero a través de la modificación del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización y

Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial que llevó a cabo el Acuerdo del Pleno de 25 de junio de 2008 (Boletín Oficial del Estado de 10 de julio del mismo año); y, posteriormente, mediante el Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los cargos jurisdiccionales, aprobado por Acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2010 (Boletín Oficial del Estado del día 5 de marzo siguiente).

Y este Reglamento 1/2010, contiene prescripciones básicas a las que tiene que someterse necesariamente el nombramiento que cuestionamos, estableciendo el artículo 3º, apartado 1 º, 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". Pues bien, ninguno de estos dos principios han sido cumplidos en la resolución de la que discrepamos.

### **4º.- MINUSVALORACIÓN DE LOS MÉRITOS JURISDICCIONALES.**



La sentencia que debe ser ejecutada constata en el fundamento jurídico quinto que desde el punto de vista de los méritos susceptibles de mayor objetivación, la demandante se sitúa en una posición de ventaja sobre el otro aspirante. El Acuerdo del que discrepamos no puede desconocer esta afirmación, pero inmediatamente degrada esta apreciación del Tribunal Supremo referida a la valoración de los méritos jurisdiccionales de la demandante a una cuestión "meramente cuantitativa", que se agota en su "expresión numérica", (apartado 2º c, del Acuerdo), por lo que no es necesario "insistir más en ellos", prescindiendo seguidamente de tomarlos en consideración.

Es claro que este punto de partida de la motivación del Acuerdo mayoritario no responde a los criterios de la razón ni de la lógica y tampoco a las reglas de la experiencia, por lo que incurre en arbitrariedad. La antigüedad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, la experiencia en el desempeño de la jurisdicción en órganos colegiados, el tiempo de servicio en las jurisdicciones civil y penal o el examen de las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad técnica dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional, aportadas por ambos aspirantes, no constituyen méritos meramente "cuantitativos", como los califica el Tribunal Supremo, que como tales figuran expresamente en los primeros apartados de la convocatoria de la plaza, que es la norma que rige su adjudicación, y en los que la superioridad de la candidata postergada es manifiesta.

Es ilógico y no responde a las reglas de la experiencia, por ejemplo, que para seleccionar al Presidente del Tribunal de Justicia más importante de una Comunidad Autónoma no se valore su experiencia jurisdiccional en órganos colegiados, que proporciona un conocimiento de las técnicas y habilidades propias de la deliberación, que la experiencia acredita que no son fáciles de adquirir aunque se minusvaloren en el Acuerdo. Es ilógico, irrazonable y no responde a las reglas de la experiencia, que para el nombramiento del Presidente de un Tribunal de Justicia que constituye la cúspide jurisdiccional de una Comunidad Autónoma, y cuya competencia jurisdiccional prioritaria es la resolución de recursos, no se valore la experiencia en resolución de recursos que proporciona el haber accedido al segundo grado de la jurisdicción; experiencia que en el caso actual presenta una desproporción de 23 años frente a ninguno. Es ilógico, irrazonable y no responde a las reglas de la experiencia, que para presidir el Tribunal que, conforme a nuevo modelo procesal penal, va a asumir por primera vez en nuestra historia el enjuiciamiento en segunda instancia de los procedimientos por delitos graves, no se valore la experiencia y la excelencia en el conocimiento de estos procedimientos, pues difícilmente se puede liderar y coordinar una doctrina jurisprudencial uniforme en apelación respecto de una materia que nunca se ha conocido en la instancia. Y, en esta materia, la ventaja de la candidata pospuesta es de dieciséis años de experiencia en el enjuiciamiento penal de los delitos competencia de las distintas secciones de la Audiencia Provincial frente a cero. Y todo esto es especialmente relevante cuando se trata de una Comunidad Autónoma en la que, por desgracia, han proliferado los casos de corrupción. Circunstancia a la que la candidata Dña. Milagrosa Noemi prestó singular atención en la presentación de su programa de actuación y que, sin embargo, no merece ni una línea en el del candidato finalmente vuelto a nombrar.

Es por ello por lo que el Artículo 10 del Reglamento citado considera expresamente como un mérito específico para el nombramiento de las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia "la experiencia en órganos colegiados". Mérito específico que en el candidato nombrado por segunda vez brilla por su ausencia.

Pero lo que desde luego es manifiestamente arbitrario calificar como meramente cuantitativo, es la valoración como mérito del examen de las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad técnica dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional, aportadas por ambos aspirantes. No se trata aquí de la mera valoración del número de sentencias aportadas, que no es lo relevante. Ni siquiera, en el caso actual, de la valoración de su excelencia técnica, pues ambos candidatos son excelentes juristas. Se trata esencialmente de constatar que las sentencias aportadas por el Magistrado nombrado se han dictado en todo caso en procedimientos de primera instancia, y en concreto en el enjuiciamiento de delitos menores, con independencia de su complejidad, mientras que las 34 sentencias civiles aportadas por la candidata propuesta se han dictado en segunda instancia, resolviendo recursos de apelación, y las 17 sentencias penales se han dictado, bien en procedimientos por delitos graves, precisamente de los que tendrá que conocer por vía de recurso el Tribunal Superior cuyo Presidente se está nombrando, bien en apelación, poniendo de relieve el dominio de una técnica jurisdiccional que el candidato nombrado no había tenido todavía oportunidad de inaugurar en la fecha de su solicitud del cargo.

No se trata, con esta argumentación, de cuestionar la competencia discrecional del CGPJ en este tipo de nombramientos, pero sí de afirmar que resulta arbitrario anular la propia esencia de la valoración de la experiencia jurisdiccional, para tomar en consideración exclusivamente los méritos de naturaleza gubernativa. Y son estos méritos los que se valoran de modo exclusivo al primar absolutamente un programa de actuación en el que, sin cuestionar su interés, abundan las medidas referidas a cuestiones de naturaleza gubernativa, y son mucho menos relevantes las relativas a cuestiones jurisdiccionales.



Porque, como razona la sentencia del Tribunal Supremo de cuya ejecución se trata, si la valoración subjetiva del programa de actuación "resultase susceptible de sostener sin más, por sí solo y al margen de los demás, el sentido de la decisión, realmente holgaría analizar los restantes criterios de valoración. Bastaría con requerir a los potenciales aspirantes la aportación de un proyecto de actuación y luego convocarles a una entrevista para su exposición y discusión, sin necesidad de valorar cualesquiera otras cuestiones".

Y, como es evidente que no es esto lo que se establece en las bases de la convocatoria, se incumple la normativa a la que debe someterse la decisión, al atribuir la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia en función de las promesas formuladas en el programa, sin consideración alguna a los méritos acreditados. Con tal proceder, la minuciosidad de los términos de la convocatoria se convierte en una mera cobertura formal, para revestir de apariencia de objetividad una decisión puramente subjetiva. Una decisión que en la práctica es arbitraria, pues incluso en los casos extremos de diferencias abismales en los parámetros objetivables que se configuran expresamente como mérito específico, como lo es el destino en Tribunales Colegiados, lo único determinante para la designación es el que se hace figurar de modo rutinario en todos los nombramientos cuestionables: el "dinamismo" y la "proyección de futuro" apreciados subjetivamente en el proyecto de actuación.

#### **5º.- LOS RETOS ACTUALES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

El Acuerdo mayoritario, del que discrepamos, define los retos más importantes que afrontan en este momento los Tribunales Superiores de Justicia, como premisa para seguidamente argumentar que el candidato que apoya es el mejor preparado para hacer frente a estos retos. Pero la premisa no responde a la realidad, y en consecuencia la conclusión también es errónea.

Según el acuerdo mayoritario los retos actuales de los TSJ son los asociados a la implantación de la nueva oficina judicial, los que plantea la mediación intrajudicial y la necesidad de incrementar los niveles de eficacia en la gestión, transparencia y rendición de cuentas de la actividad gubernativa.

Este planteamiento no se corresponde con la realidad. El reto más relevante que se plantea en la actualidad a los Tribunales Superiores de Justicia es estrictamente jurisdiccional: la asunción de la nueva función de resolución de los recursos de apelación frente a las sentencias dictadas por la totalidad de las secciones penales de la Audiencia Provincial en el enjuiciamiento de los delitos más graves.

Hace dieciséis años que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su resolución del caso Gómez Vázquez contra España, dictaminó que el sistema español de recursos penales vulneraba el art 14.5º del PIDCP e instó al Estado español a establecer un recurso que permitiese la revisión íntegra de toda sentencia penal condenatoria. El cumplimiento por el Legislador de lo dispuesto en el PIDCP(y también en el Protocolo 7º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos), se demoró mucho pero finalmente la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha generalizado el derecho a la doble instancia. La puesta en marcha de este nuevo modo supone en la actualidad el reto más serio, en el orden jurisdiccional y en el organizativo, para los Tribunales Superiores de Justicia.

Pues bien, para hacer frente a este reto, más acuciante que la oficina judicial que lleva ya más de cinco años implantándose en DIRECCION000 , quien presenta un mejor perfil es la candidata preterida, que dispone de una gran experiencia en la técnica de resolución de recursos de apelación, y que ha ejercido durante dieciséis años precisamente en una de las secciones penales de la Audiencia Provincial de DIRECCION000 .

Según la jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo, el Consejo dispone en los nombramientos de cargos judiciales, como el que nos ocupa, de un amplio margen de apreciación con respecto al programa de actuación de los candidatos. Ello es así, porque a través del examen y la valoración de dicho programa el Consejo puede comprobar el grado de concordancia de sus objetivos y líneas de actuación con las opciones de política judicial adoptadas por el propio Consejo.

Ahora bien, para apreciar esa sintonía es preciso que esas opciones de política judicial existan; es decir, que el Consejo las haga aprobado previamente y que, luego, en las bases de las convocatorias se identifiquen los objetivos que hayan de contemplar los programas que deben presentar los candidatos.

Sucede, sin embargo, que el consejo no ha adoptado esos objetivos ni definido sus opciones de política judicial. No existe acuerdo alguno del Pleno que lo haya hecho. Tampoco las bases dicen nada sobre tan importante cuestión.

Así las cosas, la aplicación de ese criterio carece en este caso, y en otros muchos anteriores, de la premisa fundamental: una referencia cierta, siquiera aproximada, de cuál sea esa política judicial. En su ausencia, todo lo que se diga sobre este punto carece de objetividad y, por tanto, de valor.



En definitiva, no se pretende entrar en el detallado análisis de la relevancia de las 62 medidas propuestas por el Sr. Lucio Leoncio en su hiperbolizado programa de actuación. No se cuestiona su interés ni su proyección de futuro. Tampoco se acepta la negativa valoración del acuerdo mayoritario respecto de las propuestas de actuación de la candidata preterida, pues pueden tener un menor nivel de concreción pero abarcan de modo genérico los problemas más relevantes que se pueden plantear al Presidente del TSJ de DIRECCION000, y enfocan su resolución.

Lo que se cuestiona es la absoluta desatención a los criterios de mérito y capacidad en el ámbito jurisdiccional que trasluce el Acuerdo. Parece que se está eligiendo simplemente un Gestor, y no el Presidente del Tribunal más relevante de la Comunidad Autónoma. Y con ello se genera una gran desconfianza en la sociedad y en la carrera judicial en relación con estos nombramientos. Si lo que se valora para alcanzar una alta responsabilidad jurisdiccional, hoy con unas competencias judiciales reforzadas en un ámbito muy relevante y delicado, son exclusivamente los méritos extrajudiciales, las técnicas de gestión, el desarrollo de funciones en el ámbito internacional absolutamente ajenas a las competencias del Presidente de un Tribunal Superior de Justicia, la incorporación como Letrado al CGPJ, etc., etc., mientras que el ejercicio de la función jurisdiccional, por prolongada y excelente que pueda ser, carece de reconocimiento alguno, incluso en supuestos límite en que las diferencias curriculares en el ámbito jurisdiccional son abismales, la conclusión es muy descorazonadora, y la confianza en el Órgano de Gobierno del Poder Judicial se verá seriamente perjudicada, como ya está sucediendo.

En definitiva, se prima la proximidad al Consejo proporcionada por la condición de Letrado (¡durante casi tres años!, precisa con entusiasmo el Acuerdo mayoritario en su apartado 4º iii, contando incluso los días, 981 días en concreto, del 7 de mayo de 2003 al 12 de enero de 2006, como si cada día como Letrado valiese más que en cualquier otro destino jurisdiccional), un destino que permite además incrementar el curriculum en comisiones y funciones varias, de naturaleza no jurisdiccional. Y se prima la voluntad de "alineación de los órganos de la base del gobierno judicial con las políticas y directrices emanadas de su cúspide", olvidando que el fundamento constitucional de la atribución de los nombramientos jurisdiccionales al CGPJ, es precisamente la garantía de independencia de los cargos judiciales, incluso respecto del propio órgano de Gobierno del Poder Judicial.

Con estos criterios se desincentiva el ejercicio de las funciones estrictamente jurisdiccionales, que por prolongadas y excelentes que sean no se consideran mensurables frente a las meras propuestas programáticas y los hiperbolizados planes de actuación, siempre que cumplan el requisito de la "alineación" con la mayoría del Consejo. Y todo ello en un ámbito en el que como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, "incluso las apariencias son importantes cuando lo que está en juego es la confianza ciudadana en la recta adjudicación de los altos cargos judiciales".

Llama, por fin, poderosamente la atención que el Acuerdo mayoritario, en su afán de dar contenido y de exagerar los méritos del candidato nombrado, para cumplir su designio de mantenerle en el cargo omita y menosprecie los de la candidata. En particular, los que afectan a la labor jurisdiccional propia de quien presida el Tribunal de Superior de Justicia en su Sala de lo Civil y Penal. Máxime si eso se pone en relación con el grave problema, ya apuntado, de las causas de corrupción frente a aforados, que el candidato Lucio Leoncio ha ignorado por completo en su extenso listado de propósitos gerenciales.

#### **6º.- Discriminación de la mujer**

La propia Sentencia que debemos ejecutar se encarga de recordarnos que tanto el Reglamento 1/2010, de 25 de febrero de 2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales ( artículo 3), como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombre y mujeres (artículo 16) y el Plan de Igualdad de la Carrera Judicial imponen la obligación de promover a la mujer con méritos y capacidad, obligándose el Consejo en el Plan de Igualdad a remover el déficit de presencia equilibrada de mujeres en los cargos de nombramiento discrecional (Fundamento de Derecho Cuarto).

Pero lo que es verdaderamente esclarecedor es que, en el Fundamento de Derecho Séptimo, el Tribunal Supremo concluya que resulta obligado tomar en consideración "el principio de preferencia de las mujeres a la hora de la adjudicación de las vacantes cuando éstas se hallan en un escenario de igualdad sustancial de méritos respecto de los aspirantes varones", y que declare tajantemente que la normativa que acabamos de citar no constituye "un simple desiderátum o catálogo de buenas intenciones cuya operatividad práctica pueda ser diferida sin más hacia un futuro indefinido", sino "una normativa que está llamada a tener funcionalidad real".

En el presente caso, se dan dos circunstancias especialmente relevantes: 1ª) Que las mujeres están absolutamente infrarrepresentadas en los cargos de Presidente de Tribunal Superior de Justicia (solo hay una en toda España). 2ª) Que el propio Tribunal Supremo ha declarado que en los parámetros objetivables





de la convocatoria, y específicamente en aquellos que valoran la competencia profesional en el ámbito jurisdiccional, los méritos de la candidata mujer son manifiestamente superiores.

Pues bien, pese a ello, la decisión impugnada sigue negando virtualidad a la normativa que promueve la igualdad de la mujer. Con dicha decisión la norma que promueve la igualdad de la mujer en la carrera judicial está solo presente en el Reglamento como un adorno. Podemos hacer su elogio fúnebre, porque si no se aplica este principio rector en un caso tan claro como el presente, es porque la mayoría ha decidido que nunca lo va a aplicar.

En definitiva, estimamos que la motivación del Acuerdo mayoritario incurre en arbitrariedad, por lo que formulamos este VOTO PARTICULAR, estimando que en ejecución de la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo reiteradamente citada debió nombrarse Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000 a D<sup>a</sup> Milagrosa Noemi ".»

**SEGUNDO.-** D.<sup>a</sup> Milagrosa Noemi ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el nuevo nombramiento.

En su demanda, en síntesis, expone los siguientes motivos de impugnación:

1º.- Infracción de los arts. 24 y 118 de la CE , y ello porque el CGPJ en lugar de cumplir la sentencia (que tenía hecha su propia valoración de méritos, excepto en lo referente al programa de actuación y a la preferencia de la mujer), ha rectificado expresamente el juicio comparativo hecho por ella.

2º.- Infracción artículo 326.1 de la LOPJ . Este precepto exige la "especialización" para el ascenso y promoción profesional y siendo así que el candidato nombrado no tiene especialización civil no puede ser nombrado para el cargo (que conlleva la presidencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ).

3º.- Bajo el epígrafe de "*puntualizaciones inexcusables*", la parte actora vuelve a referir la idea de que el CGPJ no ha respetado la sentencia y la de que para el cargo de que se trata es necesaria la especialización civil y penal.

También en este apartado critica la preferencia absoluta que el Consejo ha dado al proyecto de actuación, sin previo anuncio o advertencia al respecto y sin explicar la razón de dicha preferencia en el caso concreto.

En el último epígrafe de esas puntualizaciones, la parte recurrente hace unas reflexiones sobre determinadas afirmaciones del acuerdo recurrido acerca del control de los nombramientos discrecionales del Consejo.

4º.- Se alega en la demanda, a renglón seguido, la infracción del artículo 103 de la CE , con desviación de poder, al adolecer el acuerdo de una llamativa parcialidad en la valoración de los méritos de los candidatos.

5º.- En el apartado sexto de la demanda se achaca al acuerdo recurrido la infracción del artículo 9.3 de la CE al haber incurrido en arbitrariedad.

6º.- Se alega después que el acuerdo recurrido incurre en una discriminación por razón de sexo, al no haber nombrado el CGPJ para ese cargo a la candidata mujer.

7º.- Finalmente, solicita que se declare el derecho de la recurrente a ser nombrada para la plaza discutida.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado, en su contestación a la demanda, expuso los argumentos que, según él, debían conducir a la desestimación del recurso contencioso-administrativo, y que, resumidamente, son los siguientes:

1º.- En cuanto a la infracción de los artículos 24 y 118 de la CE , manifiesta que la Sala ordenó valorar los méritos o criterios subjetivos que es lo que hace el acuerdo recurrido.

2º.- En cuanto a la infracción del artículo 326.1 de la LOPJ , sobre especialización, manifiesta que, según ha declarado el Tribunal Supremo, la LOPJ no conoce la especialización en lo civil ni en lo penal para magistrados; que para ser magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ se necesitan diez años "en el orden jurisdiccional civil o penal", bastando cumplirlos en una de ellas; contesta después a las cuatro "puntualizaciones"

que hace la parte actora en el cuarto de los fundamentos de Derecho de su demanda.

3º.- Responde después a la parcialidad y desviación de poder que la demanda achaca al acto recurrido, negando que se produzcan en el caso. Desgrana la valoración que el CGPJ ha hecho de los méritos del candidato designado, concluyendo que no se sostiene la parcialidad alegada.

4º.- Manifiesta que la alegación de arbitrariedad es muy inconsistente y que su simple afirmación por la demandante no puede servir para contrarrestar las extensas y variadas razones del acuerdo recurrido.

5º.- Respecto a la preferencia de la candidata mujer sobre el varón elegido, insiste en las razones que da el acuerdo impugnado, que limita la preferencia a los casos de igualdad de méritos.



6º.- Finalmente, y respecto de la pretensión de que se declare el derecho de la candidata recurrente para ser nombrada Presidenta del TSJ de DIRECCION000 , razona que procede su rechazo al resultar perfectamente justificado el acuerdo que se impugna, y al ajustarse a lo dispuesto en la sentencia que se ejecuta.

Termina por ello solicitando la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** En su contestación a la demanda, el codemandado Sr. Lucio Leoncio , aborda directamente los fundamentos de Derecho, que estructura en los siguientes epígrafes:

1º.- Sobre la sentencia de 10 de mayo de 2016 . Afirma la parte codemandada que en esa sentencia la Sala no predeterminó cuál debía ser

el contenido de la motivación del nuevo acuerdo y lo anuló para que se remediara ese déficit de motivación.

2º.- Sobre el nuevo Pleno del CGPJ. Manifiesta que pretender que la nueva motivación debe limitarse a unas determinadas circunstancias o méritos, supone hacer una lectura interesada de aquella sentencia, mucho más teniendo en cuenta que en la nueva ocasión el número de candidatos se había reducido de tres a dos.

3º.- Sobre las competencias del Pleno del CGPJ: 1. Achaca el codemandado a la contraparte el pretender sustituir la facultad de apreciación del CGPJ por un simple recuento de méritos objetivables, transformando en reglado lo que es discrecional. 2. El CGPJ en el nuevo acuerdo motiva la valoración que realiza de los méritos del Sr. Lucio Leoncio , en especial del programa de actuación, y ello después del visionado de las comparecencias, que constituyen una especial fuente de conocimiento; y frente a ello la parte recurrente pretende que el Tribunal Supremo haga de órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial, asumiendo las funciones que la CE y la LOPJ atribuyen al CGPJ.

4º.- Sobre la condición de género. Manifiesta el codemandado que el juicio de profesionalidad plasmado en la motivación del acuerdo impugnado ha sido tan diferenciado y claro que no da cabida a que pudiera entrar en juego la medida de acción positiva que incondicionalmente reclama la recurrente.

5º.- Sobre la necesidad de especialización. Llama la atención la parte codemandada acerca de la alegación de la actora de que el candidato nombrado no cuenta con especialización en materia civil y precisa que el artículo 336 de la LOPJ no exige tal especialización para la presidencia de los TSJ (sino sólo quince años en la Carrera Judicial y diez en la categoría de magistrado). Si la LOPJ hubiera querido la concurrencia de esa especialización, lo hubiera dicho, como lo ha hecho, v.g., en el caso de los Presidentes de Sala de la Audiencia Nacional y de los TSJ ( artículo 333 LOPJ ).

**QUINTO.-** Planteado así el recurso contencioso-administrativo, hemos de pasar a estudiar ya, por su orden, los argumentos impugnatorios que se esgrimen en la demanda, si bien ya desde ahora anunciamos su rechazo, con la consiguiente desestimación del recurso contencioso- administrativo.

**SEXTO.-** Como vimos, se alega en primer lugar la infracción por el acuerdo recurrido de los artículos 24 y 118 de la C .E. porque el CGPJ *"se ha apartado abiertamente de lo que exigía el fallo y en su lugar ha sustituido (...) la fundamentación judicial de la sentencia que tenía que limitarse a ejecutar por su propia valoración de los méritos de los candidatos"* , lo que infringe el artículo 24 de la CE que prescribe que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos.

Para responder a este argumento impugnatorio debemos comenzar por precisar lo que la sentencia decidió en su parte dispositiva, completada en lo necesario por lo que razonó en sus fundamentos jurídicos.

Lo que la sentencia prescribió fué que el CGPJ resolviera *"mediante resolución debidamente motivada en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia"* , debiendo acudir para una mayor precisión a la parte de la fundamentación jurídica en que la propia Sala sentenciadora resume la consecuencia concreta de sus argumentaciones, allí donde dice que *"la estimación del recurso aquí planteado se basa en que el acuerdo impugnado no ha explicado suficientemente las razones determinantes de la decisión que incorpora"* , por lo que procede la retroacción de actuaciones a fin de que se dicte nueva resolución *"en la que se subsane el acusado déficit de motivación"*.

Previamente, la Sala ha razonado que es procedente *"ordenar la retroacción de actuaciones en el procedimiento administrativo de su razón a fin de que se dicte nueva resolución debidamente motivada con observancia y respeto de las pautas que hemos explicado en los fundamentos de Derecho 6º y 7º anteriores, en los que, resumidamente, se expresa que en un supuesto como el actual en que la valoración de los elementos objetivos de la recurrente se impone tan claramente sobre los del candidato designado, se revela como exigencia insoslayable un plus de motivación en el acuerdo de nombramiento que justifique debidamente la significativa relevancia concedida al resto de los requisitos anunciados en el acuerdo de convocatoria"* . (Fundamento de Derecho octavo, primer párrafo).



No hay, por lo tanto, ninguna duda de que lo que ordena la sentencia es que se dicte una resolución debidamente motivada.

Respecto de lo que ha de ser objeto de motivación conviene decir:

1º.- Que del párrafo transcrito del fundamento de Derecho octavo se deduce que la Sala ordena motivar los llamados requisitos subjetivos ("resto de los requisitos anunciados", por contraposición a los objetivos en los que la Sala afirma que la recurrente se impone claramente). Pero la sentencia no limita las facultades del Consejo para valorar todos los requisitos subjetivos.

2º.- Que la sentencia dedica un argumento especial al proyecto de actuación, (fundamento de Derecho sexto), acerca del cual dice que si se le quiere dar una transcendencia determinante, debe aportarse un razonamiento especialmente cuidado que la explique.

Toda la argumentación de la sentencia está al servicio de su fundamento de Derecho octavo, y tiene como única finalidad constatar la falta de motivación del acuerdo allí impugnado, por lo cual concluye que *"la estimación del recurso aquí planteado se basa en que el acuerdo impugnado no ha explicado suficientemente las razones determinantes de la decisión que incorpora"*.

Esta Sala cree que el CGPJ ha cumplido en el nuevo acuerdo lo que la sentencia ordenaba, sin infringir sus términos, y ello porque:

a) Ha dejado constancia simplemente de los requisitos objetivos, que son favorables a la Sra. Milagrosa Noemi . (Tales requisitos son la antigüedad en la Carrera Judicial, el haber servido en órganos colegiados, el haber ejercido no sólo en la jurisdicción penal, sino en la civil, y el número y clase de resoluciones judiciales aportadas [apartado segundo, letra c), párrafo tercero del acuerdo].

b) Ha valorado los cinco requisitos subjetivos (apartados tercero a noveno del acuerdo).

c) Ha realizado una valoración especial y extensa del programa de actuación (apartado tercero).

De esa manera, el CGPJ ha cumplido lo que aquélla sentencia dispuso, y lo ha hecho sin infringir sus términos.

A mayor abundamiento, algunas de las afirmaciones que hace la sentencia no tienen el significado que la parte actora les da. Por ejemplo, la sentencia dice en su página 64, a propósito del ejercicio por el Sr. Lucio Leoncio de la actividad durante 3 años del cargo de Letrado y Jefe del Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, que ese cargo *"no serevela desde luego como un puesto y un cometido especialmente relevante, al menos hasta el punto de inclinar la balanza en su favor"* . Sin embargo, eso no significa que en el nuevo acuerdo el Consejo haya de prescindir de valorar ese dato, porque esa afirmación de la sentencia está dicha a los solos efectos de constatar una global falta de motivación, pero no implica que esa circunstancia no pueda ser tenida en cuenta (aunque no para hacer de ella un criterio que incline la balanza).

**SÉPTIMO.-** En segundo lugar se alega la infracción del artículo 326.1 de la LOPJ .

Este precepto establece que el ascenso y promoción profesional de los jueces y magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios (...) "de especialización", cosa que no concurre en el candidato nombrado, que carece de especialización civil al haber servido siempre en órganos de la jurisdicción penal (salvo los 21 meses que sirvió en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Carmona).

Sin embargo, este motivo impugnatorio no puede ser aceptado.

A) La especialización de magistrados en los órdenes jurisdiccionales civiles o penales como especialización teórica y formal no existe en la LOPJ, tal como dijeron las sentencias de este Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 349/2011 ), en su fundamento de Derecho séptimo, donde se concluye que *"la LOPJ no establece pruebas de especialización en el orden civil y penal para los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrados"*, y de 19 de julio de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 356/2011).

Desde este punto de vista, ninguno de los dos candidatos posee esa especialización, ni puede tenerla, por no estar prevista en el ordenamiento jurídico.

B) La especialización a que la parte actora se refiere es, sin duda, la especialización derivada del puro ejercicio de una determinada jurisdicción, requiriéndose en su opinión en este caso concreto la civil y penal, en correspondencia con las competencias de esos órdenes que el artículo 73 de la LOPJ atribuye a la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala cuya presidencia se encomienda al magistrado que ostente la del propio Tribunal Superior de Justicia (artículo 72.2).



La tesis de la parte actora es que el hecho de no haber ejercido el Sr. Lucio Leoncio en la jurisdicción civil le impide ser elegido para el cargo de que se trata. Así se dice literalmente en el punto dos del fundamento de derecho cuarto y en la reproducción en el tercero de lo dicho en la anterior demanda del recurso nº 189/2015, donde concluye que el CGPJ "no podía ni puede nombrar Presidente de un Tribunal Superior de Justicia a un magistrado que carezca de especialización en los órdenes civil y penal". Y así se dice también en el último fundamento de derecho de la demanda, (folio 36), de la siguiente manera: "Son hechos indiscutibles e indiscutidos que el Sr. Lucio Leoncio carece de especialización en el orden jurisdiccional civil (...) ergo no puede ser nombrado sin infringir la Ley Orgánica y el Reglamento 1/2010 que reclama esa(s) cualidad(es) para la Presidencia de un Tribunal Superior de Justicia". Es decir, en la tesis de la actora, esa tal especialización no es simplemente un mérito, sino un requisito para ser Presidente de un TSJ. (A esta conclusión conduce la tesis de la recurrente, al menos tal como ha sido expuesta).

Pero no aceptaremos este motivo, por las siguientes razones:

1ª.- Entendida la especialización en lo civil, según lo dicho, como ejercicio del cargo en la jurisdicción civil, no puede decirse que el codemandado no la tenga, puesto que ejerció durante 21 meses en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Carmona. Otra cosa es que la tenga en muchísimo menor grado que la demandante. En el terreno de los principios esto es indiscutible, al menos mientras el ordenamiento jurídico no establezca cuánto tiempo de ejercicio se exige para esa clase de especialización.

2ª.- Los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia no lo son por ser Presidentes de la Sala de lo Civil y Penal, sino que, al contrario, son Presidentes de esta Sala por ser Presidentes del Tribunal Superior de Justicia ( artículo 72.2 de la LOPJ ), de forma que la normativa que debe ser aplicada respecto de los requisitos para ser nombrado, es la que se refiere a estos últimos ( artículo 336.1).

3ª.- El artículo 336.1 de la LOPJ establece que los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia se nombrarán entre Magistrados que hubieran prestado diez años en la categoría, y quince en la Carrera, pero no exige que en esos años se haya ejercido una determinada jurisdicción (a diferencia de lo que sí establece el artículo 333.1 para los Presidentes de las otras Salas de los Tribunales Superiores de Justicia).

Si la LOPJ establece esos requisitos para que un magistrado pueda ser Presidente de un TSJ, el Reglamento no puede imponer otros.

Y no los impone; porque los méritos a que se refieren los artículos 10, 7 y 5 del Reglamento 1/2010 son méritos, pero no requisitos; los requisitos los señala la LOPJ. Si en algún candidato falta alguno de los méritos (v.g. el que nos ocupa, o el haber servido en órganos colegiados) la consecuencia no será que ese magistrado no pueda presentarse al proceso selectivo, sino simplemente que no podrá alegar los méritos de que se trate.

4ª.- En caso de que se exigiera una determinada especialización de ejercicio (cosa que negamos) habría que aplicar por analogía lo establecido en el artículo 330.4 de la LOPJ referido a los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; dejando a un lado las plazas reservadas a los juristas de reconocido prestigio, las restantes plazas serán cubiertas por magistrados "que lleven diez años en la categoría y en el orden jurisdiccional civil o penal", bastando, en consecuencia, con el ejercicio en una sola de ellas, (en este caso, la penal).

En consecuencia, el presente motivo, planteado como una infracción formal del artículo 326.1 de la LOPJ debe ser rechazado. Otra cosa es que el tiempo en que cada candidato ha ejercido en el ámbito de ciertas jurisdicciones pueda ser valorado y ponderado junto con las demás circunstancias señaladas en los artículos 7 y 5 del Reglamento 1/2010 de 25 de febrero ; y en este sentido hay que entender lo que nuestra anterior sentencia dice sobre esta cuestión en el punto 2º de su fundamento de Derecho quinto; pero, repetimos, una cosa es esa necesidad de valorar y ponderar el tiempo en que cada candidato ha ejercido en esas jurisdicciones, y otra muy distinta que si no se da esa condición haya de considerarse infringido el artículo 326.1 de la LOPJ , que es lo que la recurrente alega. Un tal requisito, repetimos, no está dicho en el artículo 336.1, que es el único precepto con rango legal que prescribe las condiciones para ser Presidente de un Tribunal Superior de Justicia.

De ser acertada la tesis que propugna la actora, ningún magistrado que sólo hubiera servido en la jurisdicción social o contencioso- administrativa podría ser Presidente de un TSJ, cosa que no está dicha en ninguna parte del ordenamiento jurídico y está por ello contradicha con ejemplos notorios de la vida judicial.

No existe, por lo tanto, infracción del artículo 326.1 de la LOPJ .

**OCTAVO.-** Bajo el epígrafe de "Puntualizaciones inexcusables sobre la discrecionalidad de la que disfruta el Consejo para priorizar los méritos y capacidades que considere más relevantes" , se exponen en la demanda cuatro argumentos.



I) El referido a que el CGPJ no ha respetado la sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2016 ha sido respondido más arriba, y a esa conclusión desestimatoria nos remitimos.

II) El referido a la especialización civil y penal como requisito necesario para ser Presidente de un Tribunal Superior de Justicia, también ha sido respondido más arriba.

Mezclado con este segundo argumento y también en el tercero, se dice que "el Consejo no podía, por tanto, de ninguna manera y mucho menos por sorpresa, sin previo anuncio o advertencia al respecto, dar la preferencia absoluta que ha dado al proyecto de actuación presentado por el Sr. Lucio Leoncio sobre todos los demás méritos, que ciertamente no ha tenido en cuenta, porque no se ha atendido, como venía obligado a hacerlo, al juicio expresado sobre ellos por la sentencia de la Sala que tenía que ejecutar "(...) y que lo que la resolución recurrida tenía que haber explicado es cómo y por qué el proyecto de actuación del Sr. Lucio Leoncio podía inclinar la decisión a favor de dicho candidato, obviando los demás parámetros de selección que la misma convocatoria establece y que daban una apreciable ventaja a mi representada".

Como se ve, la parte actora plantea aquí ya el problema de si el acuerdo aquí impugnado subsana o no la falta de motivación del acuerdo que anulamos en nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016, y que dio lugar a la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo nº 189/2015, según lo que tenemos dicho más arriba.

Sobre ello trataremos al estudiar los dos motivos siguientes.

En el último epígrafe de esas puntualizaciones, la parte recurrente hace unas reflexiones sobre determinadas afirmaciones del acuerdo recurrido acerca del control de los nombramientos discrecionales del CGPJ; pero sobre la naturaleza y formas de ese control existe ya una jurisprudencia abundante de esta Sala, que no necesita ser reiterada. (STS de 4 de febrero de 2011 -recurso 588/2009-, de 27 y 30 de noviembre de 2006 -recursos 117/2005 y 153/2003-, de 27 de noviembre de 2007 -recurso 407/2006-, de 12 de junio de 2008 -recursos 184 y 372/2008, de 23 de noviembre de 2009, de 7 de febrero de 2011 -recurso 343/2009-, de 29 de mayo de 2006 -recurso 309/2004- y de 18 de mayo de 2010 -recurso 186/2009- entre otras).

**NOVENO.-** En el motivo quinto de la demanda se alega que el acuerdo impugnado infringe los principios de objetividad e imparcialidad que establece el artículo 103 de la CE, lo que provoca una indisimulable desviación de poder.

Respecto de esta parcialidad y desviación de poder, la parte recurrente dice en sustancia:

a) Que respecto de la antigüedad "no puede tenerse en modo alguno por irrelevante". b) Que respecto del hecho de no haber ejercido el candidato nombrado en la jurisdicción civil, la sentencia anterior subrayó la importancia cualitativa de este dato, que, por lo tanto, no es meramente numérico. c) Que tampoco lo es el servicio en órganos judiciales colegiados, en los que el Sr. Lucio Leoncio no ha servido. d) Que tampoco lo es el mérito de las resoluciones judiciales aportadas, ya que la recurrente acompañó sentencias civiles y más sentencias penales, mientras que el codemandado sólo aportó sentencias penales. e) Que el CGPJ, para no deducir lo pertinente de esos méritos mejores de la Sra. Milagrosa Noemi, se recrea a la hora de ensalzar los méritos gubernativos del Sr. Lucio Leoncio, llegando hasta la hipérbole al referirse a su proyecto de actuación, del que la demandante dice, v.g., que olvida la generalización de la segunda instancia, que ignora que la oficina judicial lleva más de 5 años implantándose en DIRECCION000 y que no hace referencia a los casos de corrupción. f) Que el CGPJ ha puesto los méritos gerenciales por encima de los jurisdiccionales, olvidando que la LOPJ quiere magistrados, y no gestores, para la presidencia de los TSJ.

Pues bien, esta Sala estima que en el nuevo acuerdo aquí recurrido el CGPJ ha motivado de forma cumplida y razonable el nombramiento discrecional para el cargo de Presidente del TSJ de DIRECCION000, y lo ha hecho sin incurrir en parcialidad ni en desviación de poder, y que, por ello, procede la desestimación de este motivo; conclusión en apoyo de la cual pasamos a exponer las siguientes razones:

A) Es doctrina de esta Sala la de que en los nombramientos de carácter discrecional el CGPJ tiene amplísimas facultades de valoración y elección, por lo mismo que (a diferencia del concurso de méritos) este tipo de convocatorias no incluye baremación alguna de los méritos computables.

B) También lo es que estas facultades del CGPJ se acrecientan cuando el cargo discrecional de cuya cobertura se trate tiene un componente gubernativo, como lo tiene el de presidente de un TSJ ( artículos 160, 161.1, 161.3 y 162 de la LOPJ y artículo 10, dentro de la Sección 3ª, del Reglamento 1/2010, de 25 de febrero ).

C) Los dos principios dichos son básicos en la materia, y su aplicación debe procurar que, en trance de revisión judicial de este tipo de nombramientos, la comparación aislada de méritos no signifique negar al Consejo una razonable facultad de valoración del conjunto o una preferencia a uno o algunos de los méritos alegados. En efecto, es doctrina de esta Sala en esta materia la de que "la libertad del Consejo comienza una vez que



*se haya rebasado ese umbral de profesionalidad exigible y tiene múltiples manifestaciones, porque una vez justificada que existe esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad quién es el que finalmente debe ser nombrado". ( STS de 1 de junio de 2012, recurso contencioso-administrativo nº 564/2010 ).*

D) Los artículos 5, 7 y 10 del Reglamento 1/2010, al enumerar los méritos a tener en cuenta para cubrir plazas de Presidentes de los T.S.J., no establecen una jerarquía entre los mismos; ni disponen que la falta de alguno de ellos constituya impedimento absoluto para la designación, porque conforme a lo que dijimos más arriba ello sólo está establecido en el artículo 336.1 de la LOPJ (para los requisitos de haber prestado diez años de servicio en la categoría de magistrado y llevar al menos quince años en la Carrera Judicial), ni el Reglamento podría exigir otros. De forma que, como éste dispone en aquéllos preceptos, todas las circunstancias o méritos que citan pueden o no concurrir y, concurriendo, habrán de ser ponderados, pero la potestad discrecional del CGPJ abarca la de preferir "cualquiera de los méritos, para decidir entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de la profesionalidad, quién es el que finalmente debe ser nombrado" ( STS de 1 de junio de 2012 -recurso 564/2010 - fundamento de Derecho sexto).

En consecuencia, vista la clase de nombramiento que nos ocupa (discrecional) y la naturaleza del cargo de que se trata (Presidente de T.S.J., de naturaleza jurisdiccional-gubernativa, lo que aumenta, según veíamos, el componente discrecional del nombramiento, según nuestra jurisprudencia), el problema de autos no es de comparación de méritos, sino de motivación, es decir, de que el CGPJ explique las causas por las que efectúa el nombramiento, y que estas sean ciertas y razonables.

E) En el nuevo acuerdo de nombramiento el CGPJ explica suficientemente las razones por las que nombra al Sr. Lucio Leoncio para el cargo de que se trata. En efecto:

a?) En la medida en que nuestra sentencia anterior había detectado un déficit especial de motivación en la valoración del programa de actuación, el CGPJ aborda directamente este extremo, al que dedica una explicación cumplida, extensa y razonable.

Esta explicación la volvemos a consignar aquí por su importancia, a pesar de su extensión. Dice así:

«La mayor idoneidad del Sr. Lucio Leoncio para la plaza la sustenta el Pleno, en primer término, en la calidad, prolijidad, extensión, gran proyección de futuro y muy interesantes propuestas incluidas en el programa de actuación que ha presentado. Un total de 62 iniciativas, que articula a lo largo de los cuatro enfoques en que estructura su programa de actuación, y en concreto:

(i) Enfoque de calidad en la gestión gubernativa, que contiene concretas y muy interesantes iniciativas de mejora de los procesos y herramientas de dirección y gestión gubernativa en el ámbito del TSJ, como elaboración de planes estratégicos plurianuales y sus correspondientes planes operativos anuales; incorporación de la metodología de gestión por proyectos; implantación integral del sistema electrónico de gestión gubernativa para la eliminación del papel en dicho ámbito; fortalecimiento de los cuadros intermedios en todos los niveles de la organización judicial; o auditorías virtuales de los órganos judiciales de carácter transversal con enfoques temáticos sobre aspectos contenidos en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, entre ellos, la puntualidad en el inicio de las vistas orales;

(ii) Enfoque de servicio público y orientación a la sociedad, los profesionales y los usuarios, que contiene interesantes propuestas en materia de relaciones con la sociedad; profundización en la transparencia y la rendición de cuentas; mejora en la atención e información al público y profesionales, proponiendo el diseño y puesta en funcionamiento de un sistema regional único e integral de atención al público, soportado en una red regional de puntos de atención, entre otras medidas; fomento de la accesibilidad al servicio público de Justicia de grupos en riesgo de exclusión social; o la elaboración de las cartas de servicios de todas las dependencias judiciales;

(iii) Enfoque dirigido a obtener una mayor eficacia, eficiencia e impacto del trabajo jurisdiccional, con concretas y muy prometedoras iniciativas de mejora, homogeneización y transparencia en los sistemas y normas de reparto de asuntos; de optimización del trabajo de jueces y magistrados, con propuesta de replicación en la Región de DIRECCION000 de experiencias de otros territorios de implantación de tribunales de instancia de facto; reasignación de efectivos infrautilizados mediante la reconversión de órganos judiciales; extensión a otras jurisdicciones y partidos de la experiencia de elaboración de protocolos de unificación de criterios y buenas prácticas ya ensayados con éxito durante su gestión como decano del partido judicial de DIRECCION000 ; o fomento de la previsibilidad de la respuesta judicial, a través de la sub-especialización por



materias, o la promoción de espacios presenciales y virtuales de encuentro de jueces y magistrados para una mayor homogeneización de criterios; y

(iv) Enfoque de innovación, modernización y excelencia organizativa, con concretas e interesantes propuestas en relación al despliegue gradual de la nueva oficina judicial; de gestión del cambio; y de mejora en la organización, procesos y herramientas a disposición de las oficinas judiciales.

Este programa contrasta -descendiendo al contraste dialéctico ordenado por la sentencia de constante referencia- con la parquedad del programa de actuación presentado por la Sra. Milagrosa Noemi , que contiene escasas, genéricas y muy triviales propuestas, hasta el punto de que termina siendo una incógnita cuál es sería el programa que guiaría su actuación, incógnita que no ha despejado durante su comparecencia y que ha estado a la altura de la limitación del propio proyecto, y que se ha caracterizado por su vaguedad en las propuestas a las que ha aludido de manera desestructurada, tal y como se pone de manifiesto en el reexamen de la comparecencia después de su visionado en el Pleno. El Pleno no puede dejar de constatar en este Acuerdo que el visionado de las comparecencias evidencia la diferencia que media entre el planteamiento realizado por la Sra. Milagrosa Noemi y el Sr. Lucio Leoncio , cuya mayor comprensión, nos referimos a la del Sr. Lucio Leoncio , de las necesidades organizativas del TSJ y preparación para afrontarlas resulta indiscutible, rabiosamente, indiscutible, avasalladora incluso. En definitiva, una comparecencia de la que ha tomado visión directa el Pleno que pone de manifiesto, confirmando sin lugar a dudas la calidad de su programa de actuación, que D. Lucio Leoncio tiene una visión y comprensión de los retos organizativos del TSJ de DIRECCION000 muy superior a la de la Sra. Milagrosa Noemi , y una preparación acorde con esa superioridad.

En línea con esta apreciación, cabe destacar que las detalladas y elaboradas propuestas contenidas en el programa de actuación del Sr. Lucio Leoncio merecen una valoración extraordinariamente positiva por parte del Pleno. Un programa que, junto al resto de méritos concurrentes a los que se hará posterior referencia, resulta decisivo para el nombramiento, en la medida en que sus propuestas concretan, encarnan y proyectan de forma notable y definitivamente mejor que la otra candidata las opciones de política judicial que corresponde fijar en exclusiva a este CGPJ, aportándoles un dinamismo y proyección que se estiman del mayor interés para el TSJ de la Región de DIRECCION000 .

El Pleno ha valorado especialmente a este respecto las aportaciones y propuestas del Sr. Lucio Leoncio respecto de lo que para este Consejo son tres de los más importantes retos que afronta en el momento presente la organización judicial, en general, y el TSJ de DIRECCION000 , en particular. En primer lugar los retos asociados a la implantación de la nueva oficina judicial y su incidencia sobre el trabajo jurisdiccional, cuyo despliegue -gradual y todavía no completado- en la Región de DIRECCION000 se viene produciendo desde el año 2011. En segundo lugar, los retos que plantean las recientes reformas legislativas de desarrollo de la mediación intrajudicial. Y en tercer lugar, la necesidad de incrementar los niveles de eficacia en la gestión, transparencia y rendición de cuentas de la actividad gubernativa de los órganos de gobierno del Poder Judicial, entre ellos, los Tribunales Superiores de Justicia.

Por otro lado, las propuestas del Sr. Lucio Leoncio no solo concretan, encarnan y proyectan de forma extraordinariamente mejor que la otra candidata las referidas opciones de política judicial, sino que están, además, avaladas en tales concretas líneas de actuación más relevantes para este CGPJ, por una trayectoria, experiencia, conocimientos y destrezas que hacen a dicho candidato particularmente idóneo para llevarlas a efecto.

(i) En primer lugar, el programa de actuación presentado por el Sr. Lucio Leoncio se alinea y profundiza en uno de los principales retos y líneas de trabajo del CGPJ: el despliegue de la nueva oficina judicial y su incidencia en el trabajo jurisdiccional. Las propuestas y actuaciones citadas en este punto por el Sr. Lucio Leoncio vienen avaladas por su amplia experiencia y trayectoria en dicha materia. Su currículo evidencia que durante su amplio desempeño como magistrado-juez decano del Partido Judicial de DIRECCION000 se produjo el primer despliegue (junto con la ciudad de Burgos) de la nueva oficina judicial en el territorio nacional. Despliegue que, por su éxito, se ha convertido en referente nacional en nueva oficina judicial. Su experiencia en este tema se completa con su condición de miembro de la Comisión Jurídica Asesora Nacional para la implantación de la Nueva Oficina Judicial y, en su día, del Grupo Nacional de Apoyo para reforzar la participación del Consejo General del Poder Judicial en el despliegue de la Nueva Oficina Judicial. Su currículo evidencia, además, su participación en varias publicaciones, artículos y ponencias monográficas sobre la oficina judicial, la incidencia en la misma de las últimas reforma procesales, y sobre los mecanismos de gestión de disfunciones y conflictos derivados de su implantación. Trayectoria y experiencias que, ausentes en el caso de la Sra. Milagrosa Noemi , hacen al candidato designado especialmente indicado para tener un rol director en los sucesivos y ya programados despliegues de la nueva oficina judicial en el ámbito del TSJ de la Región de DIRECCION000 .



(ii) En segundo lugar, el programa de actuación presentado por el Sr. Lucio Leoncio recoge uno de los principales retos y líneas de trabajo del actual CGPJ, cual es la promoción de la mediación intrajudicial como mecanismo complementario de resolución de conflictos. De nuevo en este punto, sin parangón alguno con la otra candidata, la trayectoria y experiencia del Sr. Lucio Leoncio otorgan consistencia y credibilidad a sus propuestas. Su currículum evidencia su condición de mediador titulado con los requisitos exigidos en el Real Decreto 980/2013, de 13 diciembre, de desarrollo de la Ley 5/2012, 6 julio, Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles; así como su condición de miembro de la Sección Española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), cuyo punto neutro de promoción de la mediación en la Región de DIRECCION000 coordina desde hace varios años. Destaca también su protagonismo - durante su desempeño como magistrado-juez decano del Partido Judicial de DIRECCION000 - en el diseño y puesta en marcha de la Unidad de Mediación Intrajudicial de DIRECCION000, reconocida como una de las más interesantes experiencias del panorama nacional para la incorporación de la mediación a la carta de servicios de la Administración de Justicia (en tales términos viene calificada por la Orden JUS 1721/2014 y por la concesión del Premio Calidad de la Justicia 2015 otorgado por el CGPJ). Y, finalmente, son también relevantes su labor de investigación como experto consultor internacional de la Comisión Europea en mecanismos alternos de resolución de conflictos, y sus varias publicaciones en el tema, que incluyen una monografía de autoría única sobre la mediación penal, y la participación en obras colectivas y artículos sobre la misma materia.

(iii) En tercer lugar, el programa de actuación del Sr. Lucio Leoncio representa un paradigma en uno de los retos que afronta el sistema de Justicia español, en los que este CGPJ está especialmente involucrado, a saber: la necesidad de incrementar los niveles de eficacia en la gestión, transparencia y rendición de cuentas de la actividad gubernativa de los órganos de gobierno del Poder Judicial, entre ellos, los TSJ. Destacan en este punto las muy interesantes propuestas contenidas en los cuatro ejes de su programa de actuación relativas a la innovación y modernización tendentes a la obtención de la excelencia organizativa y la calidad en la gestión gubernativa, señalando una serie de valiosas iniciativas en relación con la transparencia y la rendición de cuentas, planificación estratégica, optimización de recursos a través de la comarcalización y regionalización de órganos judiciales y servicios, (cooperación jurídica internacional, subastas judiciales, jurisdicción voluntaria, apud acta, ejecución, etc.), gestión del cambio y mejora de la organización de las oficinas judiciales y de los procesos y herramientas al servicio de la Administración de Justicia. Propuestas que no encuentran parangón alguno en el programa presentado por la Sra. Milagrosa Noemi y que, también en esta ocasión, se hallan avaladas por los muchos y variados proyectos y actuaciones ya ejecutados en anteriores responsabilidades por el Sr. Lucio Leoncio, así como por un muy relevante bagaje en labores de asesoramiento y consultoría internacional en materias relativas a la organización y gestión judicial, llevadas a cabo en más de 25 países, de la que son meros exponentes su intervención en la constitución y elaboración del "Libro de Reglas" de la Corte de Estado para crímenes de guerra de Bosnia Herzegovina o su intervención en la redacción de proyectos legislativos sobre organización y carrera judicial en Nicaragua, Honduras y Bolivia. Todo ello es valorado por el Pleno como revelador de un dinamismo y capacidad de iniciativa y gestión en el candidato que resultan del mayor interés para una presidencia de TSJ.»

Hasta aquí, los razonamientos del CGPJ sobre el programa de actuación presentado por el Sr. Lucio Leoncio .

Como se ve, en ellos hay, en primer lugar, una exposición de su contenido, que abarca 62 iniciativas, distribuidas en cuatro apartados, que se refieren a la calidad de la gestión gubernativa, al servicio público y orientación a la sociedad, a los profesionales y a los usuarios, a la eficacia, eficiencia e impacto de trabajo jurisdiccional y a la innovación, modernización y excelencia organizativa.

En segundo lugar, hay una explicación de los tres aspectos del programa que el Pleno valora especialmente, por ser los que el CGPJ cree más importantes en la actual organización judicial, y que son el despliegue de la nueva oficina judicial, la promoción de la mediación intrajudicial y la necesidad de incrementar los niveles de eficacia en la gestión, transparencia y rendición de cuentas de la actividad gubernativa de los órganos de gobierno del Poder Judicial.

Finalmente, el CGPJ realiza una comparación del programa de actuación del Sr. Lucio Leoncio con el de la Sra. Milagrosa Noemi, incluidas ambas comparencias, de las que deduce una superioridad notable del presentado por el primero.

Como se ve, hay en esta explicación del CGPJ afirmaciones y juicios de valor que, en cuanto expresión razonable de facultades discrecionales, no pueden ser sustituidas por este Tribunal. Así, por ejemplo, cuando afirma que las propuestas del programa del Sr. Lucio Leoncio "concretan, enumeran y proyectan de forma notable y definitivamente mejor que la otra candidata las opciones de política judicial que corresponde fijar en exclusiva al CGPJ, aportándoles un dinamismo y proyección que se estiman del mayor interés para el TSJ de la Región de DIRECCION000", o cuando manifiesta que el programa y actuaciones del candidato "revela





un dinamismo y capacidad de iniciativa y de gestión en el candidato que resultan del mayor interés para una Presidencia de un TSJ".

De esta forma, el CGPJ ha plasmado de forma suficiente y razonable la motivación de la relevancia que dio al programa de actuación, (falta de motivación que nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016 puso de manifiesto).

b?) A esa superioridad del programa presentado por el Sr. Lucio Leoncio , añade el CGPJ la de su experiencia y participación en órganos de gobierno del Poder Judicial, pues si bien la experiencia en Salas de Gobierno y Decanatos es parangonable en ambos candidatos, (que son los órganos a los que se refirió nuestra sentencia en el nº 6 del fundamento de Derecho quinto), el CGPJ destaca la actividad del Sr. Lucio Leoncio durante casi tres años como letrado del Gabinete Técnico del propio CGPJ, en el que llegó a ostentar el cargo de letrado-jefe de Servicio. (Ya vimos más atrás cómo lo que dijo sobre este extremo nuestra anterior sentencia no impide tener en cuenta este dato).

c?) Destaca el acuerdo impugnado la amplísima actividad docente e investigadora del candidato designado (ya puesta de manifiesto por nuestra anterior sentencia en el nº 9 del fundamento de Derecho quinto).

d?) Respecto del conocimiento de la situación de los órganos jurisdiccionales del ámbito del TSJ de DIRECCION000 , nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016 , en el punto 7º de su fundamento de Derecho quinto, vino a expresar el conocimiento que ambos candidatos tenían, por distintas vías (y con variación de datos de población, litigiosidad y extensión territorial), de la situación de los órganos judiciales comprendidos en el ámbito del TSJ de DIRECCION000 .

En el acuerdo que aquí se impugna el CGPJ precisa ahora el mayor conocimiento del Sr. Lucio Leoncio , derivado de su cargo de Juez Decano del Partido Judicial de DIRECCION000 , "lo que, dada la concentración de órganos en la capital (...), le otorga un conocimiento muy preciso y concreto sobre el 47?7 % de los órganos judiciales de toda la Comunidad Autónoma y el 64?5 % de los Jueces y Magistrados de la Región".

Esta valoración que el CGPJ hace del conocimiento de la situación de los órganos judiciales por el candidato nombrado, (en razón de la fuente de conocimiento de tal situación), no es irrazonable y entra en las facultades propias de aquél en los nombramientos discrecionales. El CGPJ ha dado aquí más importancia a la forma y ámbito de conocimiento del codemandado sobre la situación de los órganos jurisdiccionales de DIRECCION000 (Juez Decano del partido de DIRECCION000 -capital), que a la forma y ámbito de conocimiento de la recurrente derivado del enjuiciamiento de casos y recursos procedentes de toda la Comunidad Autónoma, lo cual, repetimos, es una conclusión que entra en las facultades de apreciación del Consejo, al ser la forma de conocimiento distinta en uno y otro caso.

e?) En cuanto a la experiencia y aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de los medios humanos y materiales vinculados a la plaza, nuestra anterior sentencia, después de destacar "la notable función personal y experiencia vital en este tipo de cometidos de dirección, coordinación y gestión del Sr. Lucio Leoncio como Juez Decano y como letrado del CGPJ", pone de manifiesto que la actora "no es ajena a este parámetro" al haber sido Decana y miembro de la Sala de Gobierno de dos Tribunales Superiores de Justicia (punto 5º del fundamento de Derecho quinto).

El CGPJ motiva ahora las razones de aquella "notable formación personal y experiencia vital", y lo hace de esta manera:

«El Pleno valora también a favor de la idoneidad del Sr. Lucio Leoncio para el cargo, su acreditada y muy amplia y rica experiencia en la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, gestión de proyectos y representación institucional. Experiencia polifacética obtenida con ocasión de su trabajo como letrado del Gabinete Técnico del CGPJ y Jefe del Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ (dirigiendo un equipo de 12 personas, incluidos otros cuatro letrados); por su condición de encargado durante tres años de la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana (con la carga organizativa y de coordinación de los grupos de trabajo integrados por representantes de los 22 poderes judiciales iberoamericanos que ello conlleva); a través de su trabajo en la coordinación de la Red Europea de Consejos de la Judicatura; por su condición de responsable durante tres años de las redes judiciales de cooperación civil y penal europea e iberoamericana; y como decano del Partido Judicial de DIRECCION000 (dirigiendo un equipo de 17 personas y coordinando a 60 jueces y magistrados).

Experiencia práctica complementada, además, con formación académica específica (que desgrana en su currículo) en planificación estratégica orientada al sector público, dirección y motivación de equipos de trabajo, y dirección pública de instituciones político-administrativas. Una experiencia organizativa, de dirección y gestión de recursos que, por tanto, va mucho más allá de la que puede predicarse de la Sra. Milagrosa Noemi como consecuencia de su desempeño jurisdiccional en una sección de Audiencia Provincial, que es el único



y muy limitado espacio de dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos en el que ésta se ha desempeñado en las últimas dos décadas.

La convicción con la que el Sr. Lucio Leoncio ha trasladado sus claros mensajes en su comparecencia que fue visionada durante la celebración del Pleno revela también que la preparación para el liderazgo del que es prueba su currículum profesional es un elemento del que este Consejo no puede prescindir.»

Aquí vemos, (al igual que en el caso del programa de actuación), muy cumplidamente expresadas las razones por las cuales el Pleno funda en esta circunstancia el nombramiento efectuado, con una conclusión ("la preparación del candidato para el liderazgo"), que es una típica expresión de las facultades discrecionales del Consejo.

(A propósito de este mérito de la experiencia y capacidad para la gestión de medios humanos y materiales, debemos decir que su utilización está prescrita en el artículo 7.1 del Reglamento 1/2010, al establecerse como mérito común para los cargos mixtos, y de forma destacada, *"la experiencia y las aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de los medios materiales y humanos vinculados a las plazas"*. De forma que no tiene nada de irregular que el Consejo haya valorado muy especialmente esta experiencia y aptitud de gestión, sin que por ello haya incurrido en desviación de poder).

f?) Respecto de la excelencia en el ejercicio estricto de la función jurisdiccional, nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016 se limitó a examinar el número y clase de las sentencias aportadas por este candidato, (punto 4º del fundamento de Derecho quinto), recogiendo el dato de que la recurrente aportó resoluciones civiles y más resoluciones penales que el Sr. Lucio Leoncio, quien no aportó resoluciones civiles.

Del hecho de no haber presentado el Sr. Lucio Leoncio resoluciones civiles dijo nuestra sentencia que tal circunstancia "no puede tenerse por intrascendente", sin que dijera que es decisiva.

g?) El acuerdo ahora impugnado, bajo el epígrafe octavo titulado "excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional", se limita a admitir la mayor entidad cuantitativa de las circunstancias de la demandante, y a expresar que ello no obsta para tener también por acreditada la excelencia profesional del candidato nombrado, por la calidad de las resoluciones aportadas, por su amplia y actualizada experiencia en la jurisdicción penal (que el Pleno considera especialmente indicada en un territorio que carece de Derecho civil foral o especial y cuya Sala de lo Civil y Penal está llamada a asumir la segunda instancia penal) y con una antigüedad de más de 25 años en la Carrera Judicial, (que, aunque menor que la que tiene la Sra. Milagrosa Noemi, supera con creces los quince años en la Carrera y los diez en la categoría de magistrado).

Como se ve, en este apartado el CGPJ se limita a constatar que ambos candidatos ("ello no obsta para constatar también...") superan el umbral de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional, quedando en pie, no obstante, los juicios decididamente favorables al Sr. Lucio Leoncio que el acuerdo ha expresado con anterioridad en sus apartados tercero a séptimo, referidos a otras circunstancias evaluables.

En conclusión, en el acuerdo ahora impugnado, el Pleno del CGPJ ha expresado de forma cumplida las razones por las que, en uso de sus facultades discrecionales, ha preferido al Sr. Lucio Leoncio, fundamentalmente concretadas en el proyecto de actuación y en la experiencia y aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos vinculados a la plaza a cubrir, resumidas (en lo que afecta al programa de actuación) en que el candidato nombrado revela "un dinamismo y capacidad de iniciativa y gestión que resultan del mayor interés para una Presidencia de T.S.J.", y (en cuanto a la experiencia y aptitudes para la gestión) en que la del Sr. Lucio Leoncio "va mucho más allá de la que puede predicarse de la Sra. Milagrosa Noemi, como consecuencia de su desempeño jurisdiccional en una sección de la Audiencia Provincial, que es el único y muy limitado espacio de dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos en el que ésta se ha desempeñado en las últimas dos décadas", concluyendo que "la convicción con la que el Sr. Lucio Leoncio ha trasladado sus claros mensajes en su comparecencia, que fue visionada durante la celebración del Pleno, revela también que la preparación para el liderazgo, de la que es prueba su currículum profesional, es un elemento del que este Consejo no puede prescindir".

El motivo, pues, debe ser rechazado.

**DÉCIMO.-** Se alega a continuación en la demanda que el acuerdo impugnado infringe el artículo 9.3 de la CE que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos. Se remite y hace suya la denuncia que en este sentido hicieron los votos particulares al acuerdo impugnado y a nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016, y precisa que la arbitrariedad se da no sólo cuando

faltan razones capaces de sustentar una decisión, sino también cuando las razones que se ofrecen no pueden considerarse tales por su manifiesta inconsistencia.



Pero este argumento debe también ser rechazado. Las razones por las que más arriba hemos considerado razonablemente motivado el acuerdo y que sirven de base real a la decisión adoptada, excluyen la concurrencia de arbitrariedad alguna, y ello porque:

a) No es cierto que falten razones capaces de sustentar la decisión de nombrar al Sr. Lucio Leoncio para el cargo de Presidente del TSJ de la Región de DIRECCION000 ; ya hemos visto más atrás que en el acuerdo recurrido se expresan cumplidamente las razones que fundan el nombramiento, en especial la excelencia que el CGPJ predica del programa de actuación del candidato nombrado y sus notables capacidades de gestión que el Consejo deduce de su currículum.

b) Tampoco es cierto que las razones dadas por el CGPJ sean inconsistentes o no auténticas:

1.- El programa de actuación del candidato y su contenido se encuentran en el expediente administrativo, y la comparecencia en que se explicó fué vista por el Pleno; estos son datos objetivos. Sobre ellos, el CGPJ realizó unas valoraciones sólidas y explicadas, llegando a una conclusión acorde con ellos.

2.- Algo semejante puede decirse de las aptitudes y experiencias en la gestión de medios humanos y materiales, las cuales, en cuanto el Consejo las dedujo de datos específicos y concretos del currículum del Sr. Lucio Leoncio , no puede decirse que sean inauténticas.

**DÉCIMO-PRIMERO.-** Finalmente, se alega en la demanda que la actora tiene una inexcusable preferencia sobre el candidato varón elegido por la resolución recurrida, (por lo cual ésta habría infringido el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres y el Acuerdo del CGPJ de 22 de enero de 2005), destacando que el acuerdo impugnado no ha hecho nada para explicar su decisión de saltar por encima de los méritos notablemente superiores de la Sra. Milagrosa Noemi , la cual debió por ello ser singularmente explicada (según matiza nuestra anterior sentencia de 10 de mayo de 2016 ).

Sin embargo, rechazaremos este argumento.

I) En primer lugar, el acuerdo impugnado sí ha explicado su decisión. La ha explicado al destacar en el Sr. Lucio Leoncio la experiencia y aptitud para la gestión de medios humanos y materiales, (apartado en que el CGPJ concluye afirmando que el candidato posee "una preparación para el liderazgo (...) del que este Consejo no puede prescindir"), al citar sus actividades jurídicas no jurisdiccionales, y al desmenuzar su proyecto de actuación de forma muy positiva, en cuyo apartado compara este programa de actuación con el presentado por la actora, para concluir que el del primero revela "una visión y comprensión de los retos organizativos del T.S.J. de DIRECCION000 muy superior a la de la Sra. Milagrosa Noemi , y una preparación acorde con esa superioridad".

II).- Respecto a la preferencia de la candidata sobre el candidato varón Sr. Lucio Leoncio , ya ha declarado esta Sala, precisamente en la sentencia de 10 de mayo de 2016 (recurso 189/2015 ), antecedente de ésta, que:

*"Ya antes se ha dejado anotada la normativa que así lo establece, por lo que no procede reiterarla ahora. Sí interesa resaltar que en este punto nos hallamos ante algo más que ante un simple desiderátum o catálogo de buenas intenciones cuya operatividad práctica pueda ser diferida sin más hacia un futuro indefinido, certus an 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 paragonable; y esto, una vez más, falta por completo en el caso examinado."*

Como se ve, en ese párrafo transcrito se parte (para aplicar la norma de preferencia o para exigir una especial motivación) de la existencia de "perfiles profesionales paragonables" o de "un perfil por lo menos parejo".

Pero este no es el caso.

El CGPJ demuestra en la motivación de su acuerdo, que el perfil que desea para el cargo de Presidente del TSJ de la Región de DIRECCION000 es el de un magistrado con visión y proyectos de futuro para la Administración de Justicia de su territorio y que tenga acreditadas experiencia y aptitudes para la gestión de medios humanos y materiales. La elección de estas cualidades como fundamentales para el cargo, corresponde al CGPJ en uso de sus facultades discrecionales y la decisión de que el Sr. Lucio Leoncio las posee en mayor grado que la



Sra. Milagrosa Noemi no se revela en absoluto como arbitraria, sino adecuada a esa legítima finalidad que el Consejo ha precisado.

No se cumple, en consecuencia, el perfil parejo que obligaría a otorgar preferencia a la candidata mujer.

**DÉCIMO-SEGUNDO.-** Siendo, pues, ajustada a Derecho el acto recurrido, y debiendo ser mantenido por ello el nombramiento del Sr. Lucio Leoncio como Presidente del TSJ de la Región de DIRECCION000, de suyo va que debe ser rechazada la pretensión de la Sra. Milagrosa Noemi de que se declare su derecho a tal nombramiento.

**DÉCIMO-TERCERO.-** procede, en consecuencia, desestimar el presente recurso contencioso-administrativo, sin imposición de costas, vistos el objeto y circunstancias del mismo ( artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el presente recurso contencioso-administrativo nº 4942/2016 interpuesto por el Procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, en nombre y representación de D.ª Milagrosa Noemi, contra el acuerdo del CGPJ de fecha 26 de mayo de 2016 y contra el Real Decreto 257/2016, de 10 de junio, por los cuales se nombró a D. Lucio Leoncio como Presidente del T.S.J. de la Región de DIRECCION000. Y sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

Luis María Díez Picazo Giménez Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Pedro José Yagüe Gil José Manuel Sieira Míguez

Manuel Vicente Garzón Herrero Segundo Menéndez Pérez

Eduardo Espín Templado José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat Celsa Pico Lorenzo Octavio Juan Herrero Pina

Emilio Frías Ponce José Díaz Delgado

Eduardo Calvo Rojas Ángel Aguallo Avilés

Joaquín Huelin Martínez de Velasco María del Pilar Teso Gamella

Juan Carlos Trillo Alonso José Antonio Montero Fernández

María Isabel Perelló Doménech José María del Riego Valledor

Diego Córdoba Castroverde José Juan Suay Rincón

Inés Huerta Garicano José Luis Requero Ibáñez

César Tolosa Tribiño Francisco José Navarro Sanchís

Jesús Cudero Blas Ángel Ramón Arozamena Laso

Rafael Toledano Cantero Juan Gonzalo Martínez Micó

Mariano de Oro Pulido y López Rafael Fernández Montalvo

## VOTO PARTICULAR

que emiten los/as Magistrados/as Excmos./as. Sres./as. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, D. José Manuel Sieira Míguez, D. Segundo Menéndez Pérez, D.ª Celsa Pico Lorenzo, D. José Díaz Delgado, D. Eduardo Calvo Rojas, D. Ángel Aguallo Avilés, D.ª María del Pilar Teso Gamella, D.ª María Isabel Perelló Doménech, D. Jesús Cudero Blas, D. Rafael Toledano Cantero, D. Mariano de Oro Pulido y López, D. Rafael Fernández Montalvo, a la sentencia del Pleno de la Sala Tercera de fecha 27 de junio de 2017 en el recurso contencioso administrativo número 4942/2016.

Con la mayor consideración y respeto, disentimos del criterio mayoritario de la Sala porque, en nuestra opinión, el recurso debió ser estimado acogiendo el primero de los motivos de la demanda.

La tesis que, en síntesis, mantenemos es que el acuerdo impugnado, adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), con fecha 26 de mayo de 2016, a propuesta del Secretario General, según se dice, "para la ejecución" de nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016, es solo en apariencia un pretendido acto de ejecución, porque, materialmente, resulta contradictorio con lo que decidimos en dicha resolución.



Antes de exponer las concretas razones por las que consideramos que debió alcanzarse tal conclusión, parece necesario recordar, a tenor de las afirmaciones que se expresan el acuerdo impugnado, la naturaleza constitucional del CGPJ y el control jurisdiccional de sus potestades en casos, como el ahora examinado, en el que se trata de ejecutar una sentencia firme dictada por esta Sala Tercera. Expondremos, por tanto, tres consideraciones preliminares sobre los contornos en los que debió de situarse el presente enjuiciamiento.

## I.- Consideraciones preliminares

### 1.- La naturaleza constitucional del CGPJ y el control jurisdiccional del ejercicio de sus potestades

Inspirado en los modelos italiano y francés, dentro de las estructuras del Poder Judicial, el CGPJ es el órgano al que corresponde su gobierno ( art. 122.2 CE ). Ahora bien, su naturaleza de órgano constitucional, reconocida por el artículo 59 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , y su régimen jurídico diseñado por los artículos 104 y siguientes de la LOPJ , son compatibles con la sujeción de su actividad al control y fiscalización judicial, residenciados, jurisdiccionalmente en el orden contencioso- administrativo [ art. 1.3.b) LJCA ], y competencialmente, en esta Sala [ art. 12.1.b) LJCA ], como órgano integrante del Tribunal Supremo, al que el artículo 123.1 CE atribuye la condición de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales. De manera que, en la medida en que la actuación del CGPJ originase una violación de algún derecho fundamental o libertad pública que este Tribunal Supremo no corrigiera, resultaría posible el acceso al amparo ante del Tribunal Constitucional. Dicha revisión jurisdiccional forma parte del contenido esencial del modelo de Estado de Derecho que diseña la propia Constitución, en el que no caben zonas del poder político inmunes al control judicial, cuya tutela efectiva reconoce con el carácter de derecho fundamental el artículo 24 de la Norma Suprema, y en el que no es concebible ningún poder público, solutus iudice, sustraído a las exigencias de sumisión a la legalidad y a la interdicción de la arbitrariedad ( art. 9.3 CE ).

2.- Las técnicas de control de la potestad discrecional del CGPJ para el nombramiento de Presidente de Tribunal Superior de Justicia.

En el ejercicio de su función, estrictamente jurisdiccional, esta Sala ha elaborado una jurisprudencia que se ha denominado evolutiva o "en tránsito", que reconoce al CGPJ una potestad discrecional para el nombramiento de Presidente de Tribunal Superior de Justicia con dos consecuencias necesarias. En primer lugar, el respeto más absoluto al núcleo de la discrecionalidad de su decisión; aquél en el que la apreciación por el Pleno del CGPJ responde a opciones igualmente válidas en Derecho. Esto es, la Sala no ha llegado a utilizar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que la hubiera habilitado para un control completo de la aplicación del mérito y la capacidad, reconduciendo la «zona de penumbra» o «halo» de incertidumbre que puedan presentar dichos conceptos a zonas de certeza positiva o negativa. Y, en segundo término, la utilización para el enjuiciamiento de los nombramientos impugnados de los especiales y únicos parámetros de fiscalización que corresponden a las potestades discrecionales, que se han abierto paso en nuestra jurisprudencia, incluso antes de nuestra Constitución, desde finales de la década de los sesenta del pasado siglo: los presupuestos de hecho, los elementos reglados -existencia de la potestad y su extensión, la competencia, el procedimiento y el contenido parcialmente reglado, en su caso-, la desviación de poder y los principios generales del derecho. E, incluso, más recientemente, desde la proscripción de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), el control a la racionalidad intrínseca de la decisión. De esta manera, la presencia de una motivación en el acto discrecional resulta imprescindible para constatar si resulta o no ajustado al ordenamiento jurídico. Pero no es exigencia suficiente, en la medida que no es válida cualquier motivación, sino solo aquella que representa una justificación objetiva de la decisión adoptada, que revela la adecuación a la finalidad para la que el ordenamiento jurídico otorga la potestad al CGPJ. La desviación de poder surge en el Derecho comparado como una elaboración jurisprudencial para fiscalizar el ejercicio de potestades de administraciones discrecionales. Y a esta idea responde su introducción en España por la Ley jurisdiccional de 1956. Así, tempranamente, una sentencia del Tribunal Supremo de 24 oct. 1959 diría: «la teoría de la desviación de poder ha transformado la noción del acto administrativo discrecional, pues, sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parte resolutive, se ha convertido en reglado». La desviación de poder, desde esta primera formulación, al igual que el «détournement de pouvoir» en Francia y «lo sviamento di potere» en Italia, es un vicio del acto administrativo o, en su caso, del acto del CGPJ que consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los señalados en el ordenamiento jurídico. Lo que define a la desviación de poder no es otra cosa que el elemento teleológico y es eso lo que la distingue del género común de infracciones del ordenamiento jurídico. En este sentido, la propia Constitución se hace eco de la desviación de poder en el art. 106.1 al señalar que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. El art. 70.2 LJCA , en su último párrafo, reitera la definición legal de desviación de poder, señalando que se entiende por tal «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico». Y así ha de entenderse que existe dicha desviación de poder cuando se



persigue fines distintos, cualquiera que éstos sean - incluso lícitos- de los exigidos, distinguiéndose, a estos efectos entre desviación de poder absoluta y desviación de poder relativa. La más reciente jurisprudencia ha señalado los siguientes criterios en la aplicación de la desviación de poder: 1º resulta especialmente difícil, dada su naturaleza intrínseca, que la prueba sea plena, es decir que la divergencia de los fines sea evidenciada por el acto; y 2º basta una prueba suficiente; y es suficiente la aportación de datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido con los actos impugnados, la razonable convicción del Tribunal de que se ha producido la desviación de poder. No puede olvidarse que discrecionalidad no es arbitrariedad sino la posibilidad de optar por una entre varias soluciones igualmente validas en tanto que todas ellas resultan ajustadas a la legalidad. En el caso de los nombramientos para cargos discrecionales judiciales esa legalidad exige que se respete el principio de mérito y capacidad que proclama el artículo 326 de la LOPJ en cuanto establece que la promoción profesional, el nombramiento como presidente de un Tribunal Superior de Justicia sin duda lo es, estará basada en los principios de mérito y capacidad, por tanto la observancia de esos principios por el órgano que tiene la capacidad de nombrar es controlable por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como lo es también la observancia de la autolimitación que el propio Consejo General del Poder Judicial ha establecido en el Reglamento 1/2010 que expresamente recoge en su preámbulo ese principio como limite a la libertad de apreciación del Consejo General del Poder Judicial y de su discrecionalidad. Para poder concluir si el Consejo General del Poder Judicial ha ejercido sus competencias con arreglo al principio de legalidad y ha respetado los márgenes de discrecionalidad que le imponen la LOPJ y el Reglamento 1/2010, para decidir si el Consejo ha incurrido o no en arbitrariedad al no respetar el principio de mérito y capacidad, el Tribunal ha de examinar necesariamente los méritos de los distintos candidatos, su valoración por el Consejo General del Poder Judicial y las razones que éste da en su motivación para llevar a cabo esa valoración en la forma en que lo hace, es decir, el cómo y el porqué de esa valoración en relación con cada uno de los méritos a que se refiere el Reglamento 1/2010 y los incluidos en la convocatoria. **3.- Ejecutar lo juzgado es un elemento esencial de la función jurisdiccional que integra el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.**

**3.1.-** La ejecución de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales constituye una exigencia constitucional plasmada en el art. 118 CE , con arreglo al cual «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto». Como ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, esta exigencia integra un postulado inherente al Estado de Derecho proclamado en el art. 1 CE y se traduce en el reconocimiento de un derecho de los interesados a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, que **forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva** que consagra como derecho fundamental especialmente protegido mediante el recurso de amparo el art. 24.1, en relación con el 53.2 CE . Como dice de manera expresiva la STC 7 jun. 1984, núm. 67/1984 , «difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes». En la STS (Sección 5.ª), de 10 noviembre 2004 (recurso de casación núm. 5820/200 ) declaramos lo siguiente:

*«[...] La ejecución de las sentencias es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho. Por ello, el sistema jurídico debe estar organizado de tal forma que una eventual trasgresión de los deberes de cumplimiento y colaboración que impone el artículo 118 de la Constitución no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes.*

*»Así se afirma nítidamente en la STC núm. 67/1984, de 7 de junio ; en concreto, en el párrafo segundo de su Fundamento»«La ejecución de las sentencias -en sí misma considerada- es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución - artículo 1 .º-, que se refleja -dentro del propio título preliminar- en la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad -en caso de conflicto- se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial - artículos 117 y siguientes de la Constitución - que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el artículo 118 de la Constitución establezca que: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo". Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se analiza- se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento -si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes».* Afirmación luego reiterada, entre otras, en las SSTC números 15/1986 (FJ3 ), 167/1987 (FJ2 ), 4/1988 (FJ5 ) y 28/1989 (FJ3).

El fundamento del derecho a la ejecución de las sentencias se encuentra implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE , y especialmente en la nota de efectividad con que la CE consagra



este derecho fundamental, que configura entre los especialmente protegidos por imperativo de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. Este precepto, en efecto dispone que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título [entre los que figura precisamente el derecho a la tutela judicial efectiva] vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a)». Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo 2 [también en esta relación se halla comprendido el derecho a la tutela judicial] ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Dicho derecho fundamental exige que el fallo judicial se cumpla. El derecho subjetivo a obtener este cumplimiento es así parte integrante del contenido esencial de aquel derecho fundamental, pues la solución contraria convertiría a las sentencias en meras declaraciones de intenciones. En este sentido, SSTC 32/1982 ( FJ2 ) 67/1984 ( FJ2 ), 109/1984 ( FJ2 ), 65/1985 ( FJ7 ), 106/1985 ( FJ3 ), 155/1985 ( FJ2 ), 176/1985 ( FJ2 ), 33/1986 ( FJ2 ), 118/1986 ( FJ4 ), 33/1987 ( FJ3 ), 125/1987 , 167/1987 ( FJ2 ), 4/1988 ( FJ5 ), 92/1988 ( FJ2 ), 215/1988 ( FJ3 ), 28/1989 , 148/1989 ( FJ1 ), 149/1989 ( FJ3 ), 152/1990 ( FJ3 ) y 16/1991 ( FJ1 ), entre otras. La tutela judicial que reconoce el artículo 24.1 CE y que prestan los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, no es meramente declarativa de derechos o reconocedora de intereses legítimos, sino que exige como elemento que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, la materialización de lo resuelto, en sus sentencias, por los órganos jurisdiccionales.

En particular, la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales del orden contencioso-administrativo, en relación con las Administraciones públicas, y la ejecución de las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo respecto de los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial, en los términos que reconoce el artículo 1.3.b) LJCA , rebasa, por su trascendencia, los aspectos técnicos jurídicos para adquirir una especial relevancia social.

**3.2.-** La titularidad de la potestad de **hacer ejecutar lo juzgado** comporta el deber de los tribunales de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución. Según la STC 67/1984, de 7 de junio «la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional, "haciendo ejecutar lo juzgado" ( artículo 117.3 de la Constitución ), según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan, lo que les impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución - sentencia 26/1983, de 13 de abr. , FJ 3.º-». Es función del tribunal en el proceso de ejecución cuidar de la ejecución o cumplimiento «como dispensador de la tutela judicial *inter partes* ». La LJCA se esfuerza por superar los inconvenientes del régimen administrativo de ejecución de sentencias. Y así, el art. 103.1 LJCA establece, con precisa redacción, la atribución de la potestad ejecutiva a los tribunales. Se precisa que se trata de la potestad de «hacer ejecutar» lo juzgado, no de «ejecutar», introduciendo con ello la matización que deriva, tras una larga tradición histórica, del texto constitucional, y que no significa otra cosa sino que la actividad ejecutiva de los tribunales no obliga a éstos a desarrollar una actividad administrativa, sino a adoptar las medidas conducentes a que se ejecute lo resuelto, pero sin olvidar reconocer una lógica preferencia a la posibilidad de que los obligados a ello procedan voluntariamente a la ejecución. En el ámbito de la actividad administrativa, esto significa que la ejecución corresponde a la Administración no como actividad propia de su competencia, sino como actividad que se desenvuelve en el terreno de la colaboración de las Administraciones públicas con los tribunales, y que éstas están obligadas a prestar por mandato constitucional como manifestación del principio de colaboración entre los poderes del Estado y sujetas a la jurisdicción del tribunal, que es quien dispone lo procedente sobre la ejecución. Este principio puede tener consecuencias interpretativas notables, ya que la actividad de ejecución de una sentencia judicial llevada a cabo por la Administración debe entenderse sujeta al Derecho administrativo únicamente en los aspectos formales y en la medida en que sus principios sean compatibles con los derivados de las exigencias propias del proceso, particularmente con la necesidad de protección del derecho a la tutela judicial efectiva.

**3.3.- La actividad de ejecución es de naturaleza procesal** . Por ello reabrir las cuestiones resueltas en el proceso de cognición supone quebrantar el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, que comporta, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional, la invariabilidad de las decisiones judiciales firmes. El derecho subjetivo, cuya realización se pretende, al haber sido reconocido en una resolución basada en autoridad de la cosa juzgada, no puede ser, pues, discutido por la Administración o por el particular obligado, ni por la sociedad, pues todos ellos quedan obligados a su cumplimiento o a cooperar en él, en los términos del art. 118 CE . El propio órgano que dictó la sentencia que abre el proceso ejecutivo está obligado a respetarla, y cualesquiera resoluciones que se dicten en contradicción con lo dispuesto en el fallo pueden ser objeto de impugnación, y, en último término, dar lugar al amparo constitucional, dado que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva.



**3.4.-** No es difícil, de este modo, definir la ejecución de las sentencias como la realización de aquellas actividades necesarias para el **cumplimiento de lo en ellas resuelto con carácter ejecutivo** (la palabra cumplimiento es la empleada por el art. 118 CE y por el art. 17.2 LOPJ, con arreglo al cual «las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes», art. 103 LJCA). Esta actividad de cumplimiento de lo resuelto debe conducir a su completa y debida efectividad (a «la debida y completa ejecución» alude el art. 103.3 LJCA), o, en palabras, igualmente expresivas, del art. 104.1 LJCA, debe consistir en llevar a puro y debido efecto y practicar lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

**3.5.-** La actividad de ejecución es pues, una actividad que tiene un aspecto positivo, la transformación de la realidad física o jurídica para adecuarla a lo ordenado en la sentencia, y un aspecto negativo, la abstención de aquellos actos o conductas que se opongan a lo resuelto. Y es que, como dice la STC 167/1987, de 28 de octubre, es necesario adoptar cuantas medidas sean necesarias, de acuerdo con las leyes, **para impedir un cumplimiento defectuoso, puramente aparente o formal de inejecución indirecta**, como son, entre otras, la modificación del términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otro acto incompatible con la plena eficacia del fallo.

El Tribunal Constitucional insiste en esta última dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva, porque es ciertamente aquí, **en los incumplimientos administrativos disimulados o indirectos**, donde se ocultan los mayores riesgos tanto para el sistema jurídico en general como para los derechos de los particulares. Pues, en efecto, el derecho a la ejecución de las sentencias no se satisface sólo, como es patente, con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la Administración o el Órgano del que proceda el acto anulado, sino que postula que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones. Solo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y, por ende, el control jurisdiccional, y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han obtenido a su favor una sentencia.

**3.6.-** Como consecuencia de lo anterior, los **actos dictados en contra de lo dispuesto en la sentencia** contravienen el derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE y, por ende, son nulos de pleno derecho. Esta nulidad puede ser declarada en incidente de ejecución de la propia sentencia, en vía administrativa o judicial, mediante una nueva impugnación en sede contencioso-administrativa, o, incluso, mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El artículo 103.1 LJCA atribuye la potestad ejecutiva a los tribunales, precisando que se trata de la potestad de "hacer ejecutar" lo juzgado, no de "ejecutar", introduciendo con ello la matización que deriva, tras una larga evolución histórica, del texto constitucional. Por consiguiente, la LJCA proclama de modo formal el sistema judicial de la ejecución de las sentencias dictadas en el proceso contencioso-administrativo. Las Administraciones públicas o el órgano constitucional que ha dictado el acto enjuiciado no actúan en función de una competencia propia, sino que desarrollan una función de colaboración con el Tribunal y de acatamiento a lo ordenado en el fallo, como señala el artículo 118 CE. 1º) Son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten eludiendo su cumplimiento. 2º) El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias y dictados sin observar lo en ella dispuesto, por los trámites del incidente de ejecución previsto en el artículo 109, 2 y 3, o a través de un nuevo recurso contencioso-administrativo si acude a este cauce la parte que ha obtenido el pronunciamiento favorable.

## II.- Razones específicas de nuestra discrepancia

Partiendo de estas elementales consideraciones preliminares, nos corresponde seguidamente expresar las concretas razones de nuestra discrepancia.

El acuerdo del CGPJ impugnado, que se dice dictado en ejecución de la sentencia de 10 de mayo de 2016, resulta materialmente contradictorio con lo que en ella se dispone. Así es, el enjuiciamiento y anulación del primer nombramiento de don Lucio Leoncio como Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Marcelino Lorenzo se realizó, en aplicación de las referidas técnicas de control jurisdiccional, en nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016. Y, por consiguiente, el acto que ahora se impugna, de fecha 26 de mayo de 2016, que vuelve a reiterar el mismo nombramiento se adopta, como afirma el propio CGPJ, "para la ejecución" de la mencionada sentencia.

Sobre la base de las anteriores premisas, las razones por las que consideramos que debió acogerse el primer motivo de la demanda – vulneración de los artículos 24 y 118 CE, por ser el acuerdo impugnado, que dispone por segunda vez el nombramiento inicialmente anulado, contrario a la sentencia que dice ejecutar– son las que a continuación se expresan.





1.- El acuerdo dice que la nueva motivación del nombramiento anteriormente anulado se ciñe, ahora, estrictamente a los parámetros de nuestra sentencia de 10 de mayo de 2016 . Pero ya la triple consideración que, desde el inicio, se considera necesaria, incorpora unas matizaciones incompatibles con dicha afirmación. En primer lugar el Consejo General del Poder Judicial tras afirmar que "ni la convocatoria, ni el marco reglamentario aplicable, y menos aún la ley Orgánica del Poder Judicial, establece ninguna jerarquía, preferencia o mayor calidad entre los distintos méritos a valorar o ponderar", lo que reconoce la Sala no cuestiona en la sentencia, entra en el análisis de la palabra ponderar para, en la tercera de esas consideraciones, llegar a unas conclusiones que en absoluto podemos compartir. El CGPJ incurre en contradicción cuando tras afirmar que no existen méritos preferentes, sostiene que el Consejo sí puede decidir en cada caso concreto qué mérito resulta preferente, señala, refiriéndose a los méritos, que "el Consejo puede libremente ponderar y considerar prioritarios para decidir la preferencia determinante de la provisión de estas plazas", afirmación que efectúa con cita del preámbulo del Reglamento 1/2010, olvidando que ni las exposiciones de motivos ni los preámbulos tienen carácter normativo. Si ponderar es valorar en conjunto, como el propio acuerdo reconoce, podrá darse más o menos peso a un mérito u otro, en función de las circunstancias del caso, explicitando el cómo y el porqué de ese mayor peso, pero nunca podrá otorgarse a un determinado mérito el carácter de preferente de modo que eso excluya sin más a los restantes porque, como dice la Sentencia de esta Sala Tercera, de 10 de mayo de 2016 , que el CGPJ venía obligado a ejecutar, si eso fuera así holgaría analizar los restantes criterios de valoraciones, bastaría con requerir a los aspirantes la justificación de ese concreto mérito y luego valorarlo, obviando los restantes previstos en el Reglamento 1/2010, en la convocatoria.

Sólo con una concepción del vocablo ponderar, entendido tal y como hace el CGPJ, como capacidad para determinar cuál es el mérito preferente excluyendo a los demás que ha tenido en cuenta la sentencia a ejecutar, puede llegarse a la insólita conclusión de que esta Sala ha invadido funciones constitucionales del CGPJ. En la tercera de las mencionadas consideraciones se invoca una *"amplia facultad discrecional a la hora de priorizar aquellos méritos y capacidades que considere más relevantes o trascendentes para el desempeño de la concreta plaza a cubrir en cada caso y momento "*. Afirmación que, en modo alguno se corresponde con la necesaria y estricta sujeción del CGPJ a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo, cuya actividad, en estricta ejecución, ha dejado ser propia de su competencia, para convertirse en una actuación que se desenvuelve en el terreno de la colaboración con este Tribunal, al que corresponde la titularidad exclusiva de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, y que está obligado a prestar por mandato constitucional ( artículo 118 CE ), y por exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que debe otorgar conforme al artículo 24.1 CE . Sólo desde este erróneo punto de partida puede entenderse el siguiente párrafo del acuerdo : *"Lo que este Consejo entiende que en ningún caso cabe aceptar es que donde el legislador no limite la discrecionalidad, o donde no se autolimite el propio Consejo puede un tercer órgano, el que sea (sic), arrogarse funciones constitucionales que le son ajenas privando de ellas al órgano constitucional que las tiene atribuidas degradándolo hasta hacer irreconocible su función, que no sería distinguible de un simple órgano administrativo "*. Sólo si se olvida que se está ejecutando una sentencia puede tener algún sentido esta premisa que condiciona el acuerdo, pues resulta evidente que el orden contencioso-administrativo, desde que la Constitución y la ley le atribuyen jurisdicción y competencia, ejerce el control de la discrecionalidad con los parámetros que le son propios.

El Tribunal Supremo no priva de funciones constitucionales a ningún órgano constitucional cuando ejerce, nada más y nada menos, que uno de los contenidos esenciales de la función que la propia Constitución le otorga en exclusiva, en régimen de monopolio, y que comprende no sólo el enjuiciamiento sino también la ejecución de lo juzgado, de manera que resulta constitucionalmente obligado a anular cualquier acto que, dictado formalmente en el ámbito procesal de la ejecución ,resulte, sin embargo, contradictorio con los decidido como cosa juzgada. En fin, ningún órgano puede considerarse degradado a la condición de órgano administrativo por ver sometido el ejercicio de sus potestades discrecionales al control judicial, que asegura a los ciudadanos que todos los órganos, incluso los constitucionales, están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y que dispone, también, la colaboración en la ejecución de las sentencias en un sistema que después de la Constitución y de actual la LJCA, se convierte por la titularidad de la potestad que se ejercita en un sistema estrictamente judicial.

2.- El fallo de la sentencia estimatoria, que se dice ejecutar, no acogió la pretensión de plena jurisdicción formulada en la demanda por la que se solicitaba que *" anulando el Acuerdo impugnado y dejando sin efecto el nombramiento de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 que dicho Acuerdo realiza a favor de D. Lucio Leoncio , declarando, en su lugar, el derecho de la demandante a que se le adjudique la referida plaza, condenando al Consejo General del Poder Judicial al pago de las costas de este proceso "*. Pero sí anuló el acuerdo del inicial nombramiento (punto 1º del fallo) para retrotraer las actuaciones administrativas en el expediente de su razón "a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución debidamente motivada en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia" (punto 2º del fallo).



Por consiguiente, la sentencia no se ejecuta con cualquier nuevo acuerdo motivado sino sólo con aquél que incorpore, realmente, una motivación acorde con los fundamentos de dicha sentencia. Y si es cierto que la sentencia que se trata de ejecutar no contempla un concurso baremado de méritos, también lo es que incorpora una referencia de los méritos objetivos de los aspirantes, enumerados en el fundamento quinto, que no puede ignorarse en su ejecución. La proyección de los nueve apartados de méritos nos hizo decir textualmente: "[...] resulta fácil colegir que en los parámetros de valoración objetivos que la propia convocatoria contempla (coherentes, insistimos, con el reglamento 1/2010), hay al menos una igualdad sustancial de méritos de ambos aspirantes, que se rompe en varios de ellos en favor de la recurrente, y de forma incluso notoria". Así, en cuanto respecta a la antigüedad escalafonal, el tiempo de desempeño profesional en órganos judiciales colegiados y la experiencia judicial en la materia civil, aspectos estos en los que la diferencia en favor de la recurrente es, como decimos, clara y evidente. Aduce el codemandado que estos aspectos no se configuran como requisitos para la obtención de la plaza, y eso es cierto, pues en efecto la convocatoria no configura como un impedimento obstativo, por ejemplo, el no haber ocupado destinos en órganos colegiados, pero por mucho que no sea un requisito de imprescindible concurrencia sí que es en todo caso un mérito de necesaria valoración, siendo por ende un dato desfavorable de peso el no reunir dicho mérito ni siquiera mínimamente, cuando se aspira a presidir un Tribunal Superior de Justicia. Retengamos, pues, la conclusión inicial de que desde el punto de vista de los méritos susceptibles de mayor objetivación, la ahora demandante se sitúa en una posición de ventaja sobre el otro aspirante y ahora codemandado. En el fundamento sexto de la sentencia que se trata de ejecutar ya afirmamos que desde esta perspectiva la elogiosa valoración de los méritos que hacía el acuerdo de nombramiento que se anulaba se presentaba visiblemente endeble para sustentar la decisión adoptada. *"Realmente, el único dato verdaderamente relevante (de los que se exponen en la resolución plenaria impugnada) que pudiera resultar predicable específicamente del designado y no de la actora, es el concerniente a la valoración del llamado "proyecto de actuación", que, visto está, ha merecido a la mayoría del Pleno del CGPJ una valoración máximamente favorable. Sin embargo, por mucho que se resalte y respete el tan anotado margen de apreciación del órgano de selección en este concreto punto, tal dato, por sí solo, no tiene el peso que se le quiere atribuir. Ante todo, si ese dato resultase susceptible de sostener sin más, por sí solo y al margen de los demás, el sentido de la decisión, realmente holgaría analizar los restantes criterios de valoración. Bastaría con requerir a los potenciales aspirantes la aportación de un proyecto de actuación y luego convocarles a una entrevista para su exposición y discusión, sin necesidad de valorar cualesquiera otras cuestiones. Como esto no es, con toda evidencia, lo establecido en la convocatoria, desde el momento que la misma predetermina otros muchos criterios de valoración de necesaria toma en consideración, es claro que si se quiere dar un peso tan trascendental como aquí se ha hecho al solo dato de la presentación y exposición del proyecto de actuación, con desplazamiento de otras consideraciones (pues, como hemos explicado, sobre ellas nada realmente útil se ha dicho que permita cimentar lo acordado), resulta inexcusable aportar en sustento de la decisión un razonamiento especialmente cuidado que explique por qué razón el proyecto de actuación elaborado por el candidato designado tiene tal nivel de excelencia, por contraste dialéctico con el de los demás aspirantes, que permite inclinar la decisión en favor de aquel incluso obviando los demás parámetros de selección que la misma convocatoria establece; y esto, reiteramos, no se ha hecho en modo alguno en este caso, pues partiendo de la base ya anotada de que los méritos objetivos de la recurrente, contemplados en conjunto, se presentan inicialmente como más consistentes, ocurre que la valoración que mereció al CGPJ el proyecto de actuación de los otros aspirantes distintos del adjudicatario, y singularmente la valoración del proyecto de la ahora recurrente, constituye una total incógnita, al no decirse nada al respecto [...]"*

**3.-** Por último, la sentencia, en el séptimo fundamento, se refiere a la toma en consideración del principio de preferencia de las mujeres a la hora de adjudicación de las vacantes, cuando estas se hallan en un escenario de igualdad sustancial de méritos, respecto de los aspirantes varones. Frente a los expresados criterios, el acuerdo que se dice ejecutivo de la sentencia insiste, cuando sólo le corresponde cumplir una sentencia firme, en la premisa de la discrecionalidad de la potestad del CGPJ, para nombrar al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION000. Y aunque resalta, en el fundamento jurídico tercero, el mérito subjetivo del candidato que nombra, referido "al programa de actuación para el desempeño de la plaza solicitada", viene a corregir la apreciación ya realizada por la sentencia de determinados méritos objetivos. 1º) La experiencia y participación en órganos de gobierno del Poder Judicial, en especial en órganos de gobierno de Tribunales, la sentencia considera que uno y otro aspirante han ocupado puestos de Decano y miembros de la Sala de Gobierno del Tribunal de Justicia, por lo que sus méritos no son significativamente distintos (fundamento jurídico quinto, 6º). Sin embargo, el acuerdo del CGPJ recurrido califica la trayectoria gubernativa del Sr. Lucio Leoncio como "muy superior, tanto en términos cuantitativos y cualitativos, a la de la Sra. Milagrosa Noemi [...]" (fundamento cuarto, in fine). 2º) La sentencia considera como méritos complementarios el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia (fundamento jurídico 5 apartado 9º). Y el acuerdo sitúa en un primer plano la valoración de tales méritos, en los términos que resultan de su fundamento quinto. 3º) Del conocimiento de la situación de los órganos



jurisdiccionales comprendidos en el ámbito territorial de la plaza anunciada se ocupa la sentencia enfatizando el prolongado ejercicio profesional de la demandante, proyectado sobre la totalidad de dicho territorio, que la ha permitido adquirir un conocimiento cabal de la situación de aquellos órganos jurisdiccionales, consolidado más aún por su condición de miembro de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia (fundamento jurídico quinto 7º). Y, sin embargo, la resolución que debe ejecutar el pronunciamiento judicial no toma en cuenta la expresada valoración cuando trata de este mérito (fundamento sexto). En definitiva, de una parte, a través de los expresados contrastes, la resolución recurrida establece diferencias a favor del codemandado, y nuevamente nombrado, en relación con méritos en los que la sentencia que se ejecuta ya había apreciado una igualdad sustancial entre los candidatos. Y, de otra, no expresa suficientemente, como exigía nuestra sentencia, las ventajas de un mero "proyecto de actuación" del codemandado, en términos que compensen su desventaja en los méritos objetivos ya valorados. Quizás lo que se buscaba, mediante esa singular discrepancia con una sentencia firme que se infiere del acuerdo impugnado, era evitar la aplicación de la preferencia de las mujeres en la adjudicación de vacantes en los casos de "igualdad sustancial" de méritos, que señalaba la sentencia que se trata de ejecutar, en el fundamento de derecho 7, pues el acto recurrido tampoco cumple con lo declarado en dicha sentencia sobre la presencia equilibrada de la mujer en cargos de nombramiento discrecional, ni con las prevenciones legales y reglamentarias establecidas respecto de la presencia equilibrada de la mujer en cargos discrecionales. Nos referimos a los artículos 16 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y 3.1 del Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.

Conviene recordar que la sentencia que se ejecuta declaraba que *"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"*. Ante dicha afirmación el acuerdo impugnado se refugia en el "proyecto de actuación" y la comparecencia, para desdeñar el resto de los méritos, y lo que la sentencia declaraba al respecto, en los que resultaba destacadamente superior la candidata mujer. Pues bien, cuando un órgano sujeto a control jurisdiccional señala que no hay igualdad sustancial de méritos, como hace el acuerdo impugnado, ha de explicar y justificar cumplidamente tal afirmación, y los órganos de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa han de revisar la legalidad de dicha afirmación, si no quiere convertirse en ilusión la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que proclaman la Ley Orgánica 3/2007 y el Reglamento 1/2010. La solución contraria a la que postulamos en este voto supondría la inaplicación de las expresadas normas, vaciando su contenido normativo y mutando su naturaleza a la de simples declaraciones de intenciones o meros principios programáticos, por la mera afirmación apodíctica de no haber igualdad sustancial, por parte del órgano que realiza un nombramiento discrecional. De modo que se han consumado los peligros que advertía la sentencia que se trata de ejecutar, cuando declaraba que *"si ese dato (el proyecto) resultase susceptible de sostener sin más, por sí solo y al margen de los demás, el sentido de la decisión, realmente holgaría analizar los restantes criterios de valoración. Bastaría con requerir a los potenciales aspirantes la aportación de un proyecto de actuación y luego convocarles a una entrevista para su exposición y discusión, sin necesidad de valorar cualesquiera otras cuestiones"*. Ese vaticinio se ha cumplido, lo único realmente relevante, en este caso, ha sido la valoración del proyecto, pues no se entiende, a tenor de la fundamentación del acto impugnado, por qué el resto de los méritos objetivos, a pesar de lo que señala la sentencia que se ejecuta, han quedado arrinconados. Sólo el proyecto y la comparecencia cuentan, casualmente aquellos méritos en los que concurre una evidente libertad de apreciación. De modo que se ha encontrado un refugio seguro en el proyecto de actuación y la comparecencia del candidato varón, para arrumbar los méritos objetivos (mayor antigüedad en la Carrera Judicial, haber prestado servicio en órganos colegiados, o haber servido en órganos del orden penal y en el orden civil) de la candidata mujer. En todo aquello que resulta objetivable, en fin, los méritos de la candidata mujer eran de una relevante superioridad o cuando menos de una "igualdad sustancial", pero en la elaboración de un "proyecto de actuación" previo a la comparecencia, donde hay ese evidente componente subjetivo de apreciación, simplemente se indica que es superior el presentado por el candidato varón. Se lamina así la preferencia de la mujer enfáticamente declarada en la Ley Orgánica 3/2007 y el Reglamento 1/2010, hasta el punto de que ni siquiera la sentencia de la que discrepamos dedica ninguna consideración al respecto, más allá de reiterar lo que señala el acto impugnado.

En Madrid, a 27 de junio de 2017.

Jorge Rodríguez Zapata Pérez José Manuel Sieira Míguez

Segundo Menéndez Pérez Celsa Pico Lorenzo,

José Díaz Delgado Eduardo Calvo Rojas

Ángel Aguallo Avilés María del Pilar Teso Gamella

María Isabel Perelló Doménech Jesús Cudero Blas,

Rafael Toledano Cantero Mariano de Oro Pulido y López

Rafael Fernández Montalvo.

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Manuel Vicente Garzón Herrero a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo 2/4942/2016.

#### A) Cuestiones previas:

1º.- Llama la atención poderosamente el estilo utilizado por la resolución impugnada, en primer lugar, impropio de un órgano constitucional, después, para mí, con un aroma altanero, y cierto regusto de taberna.

En sí mismo ese estilo no merece comentario alguno, salvo el que luego diré al tratar la cuestión de fondo, pero sí hacer constar su realidad porque tan importante como saber lo que se «es» (órgano constitucional), es saber «cómo se actúa» (del modo indicado).

2º.- Vengo advirtiendo sobre la deriva de esta Sala tendente a consagrar las «inmidades del poder» en las sentencias dictadas por el Pleno de esta Sala III: STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, 1100/2011, de 4 de febrero (rec. 588/2009 ) ECLI:ES:TS:2011:1100; y , STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1093/2014, de 3 de marzo (rec. 4453/2012 ) ECLI:ES:TS:2014:1093.

3º.- La sentencia de la que disiento da un paso más, mejor dicho, dos, en esa dirección inmunizadora del poder. Por un lado, en materia de control de discrecionalidad, nos retrotrae a las épocas en las que a pretexto de discrecionalidad la inmunidad de los actos de la Administración estaba consagrada. De otra parte, en punto a la ejecución de las sentencias, acepta su incumplimiento mediante la excusa de la interpretación difícil de la sentencia que se ejecuta, argumentación que al ser consagrada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se convierte en especialmente dolorosa.

#### B) Cuestión litigiosa:

1º.- Lo que el CGPJ tenía que hacer era sencillo: ejecutar una sentencia que le había ordenado que efectuara un determinado nombramiento razonando cómo un «mérito secundario», pero prevalente en el criterio del CGPJ de un candidato: el «programa de actuación», podía superponerse a los méritos «jurisdiccionales» que otro candidato tenía en mayor medida.

La orden dada era clara y terminante, si el CGPJ insistía en el nombramiento inicial tenía que justificar y razonar en términos jurídicos que el «programa de actuación» del candidato finalmente nombrado prevalecía sobre los superiores méritos jurisdiccionales de la demandante.

No había dudas en la orden dada acerca de su contenido. Cuando se oponen esas dudas, lo que en realidad se está haciendo es dejar sin efecto una sentencia, porque el fundamento sexto no permitía equívocos sobre el contenido de lo ordenado.

El cumplimiento estricto de la orden que contenía la sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2016, recurso de casación 1033/2016 , lo que exigía del CGPJ, era algo que excedía de sus lógicas y jurídicas capacidades si insistía en el nombramiento inicial, pues, en definitiva, se le pedía que razonara y explicara cómo y porqué los méritos no jurisdiccionales se superponían a los estrictamente jurisdiccionales que de modo meridiano se afirmaba que eran superiores en la demandante a los de quien ha resultado finalmente nombrado.

Ante una orden que excedía de las posibilidades, tanto lógicas, como legales, de que el CGPJ está investido, éste ha optado por volver a valorar el «programa de actuación» del candidato nombrado de modo superlativo. Pero, insisto, esto no era lo ordenado, lo ordenado era explicar cómo esos méritos secundarios se superponían y mejoraban los estrictamente jurisdiccionales de la demandante. Esto, insisto, era lo ordenado.

Conviene examinar los antecedentes legales del problema litigioso. En primer término, el artículo 326 de la L.O.P.J. que establece: «1. El ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos.» El texto legal, de manera clara, patente y rotunda establece la prevalencia del mérito, capacidad y la idoneidad en el ejercicio de funciones jurisdiccionales sobre cualquier otro mérito, a efectos de decidir los ascensos de jueces.

Al hacer esto, la ley consagra lo que siempre ha sido un clamor en la carrera judicial: que los méritos para la provisión de cargos se obtengan esencialmente de la actividad jurisdiccional.

A contrario *sensu*, la ley no menciona los conocimientos sobre la estructura del átomo, ni sobre física cuántica, ni acerca de las habilidades atléticas o literarias de los aspirantes como criterios determinantes de la elección. Estas cualidades podrán ser relevantes -al igual que las gestoras y organizativas- como subordinadas y siempre supeditadas a las jurisdiccionales. En mi opinión, una decisión que no respeta estos criterios no está protegida por el ámbito discrecional que el CGPJ dispone, e incurre en arbitrariedad, y, eso, no otra cosa, es lo sucedido.

2º.- El Reglamento 1/2000, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y que el CGPJ invoca para justificar este nombramiento establece unas ideas básicas que han de regir estos nombramientos: «1ª) la libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial, en cuanto órgano constitucional con un claro espacio de actuación reconocido; 2ª) la existencia de unos *límites que necesariamente condicionan esa libertad*, especialmente el límite que representan los *principios de mérito y capacidad*; y 3ª) la significación que ha de reconocerse al requisito de motivación.».

Todavía la exposición de motivos de dicho reglamento añade: «En relación con los principios constitucionales de mérito y capacidad, se atenderá al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad, a que se refiere la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La segunda parte tiene por objeto la regulación sustantiva, que viene a precisar normativamente, además de otros requisitos, un extremo fundamental como la clase de méritos que, junto con aquellos que merezcan atención en cada circunstancia, el Consejo puede libremente ponderar y considerar prioritarios para decidir la preferencia determinante

de la provisión de estas plazas, *con respeto a la primacía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional ...».*

Parece evidente que el texto reglamentario que analizamos, por cierto sin un precepto con rango de ley que habilite para ello, posibilita que se tengan en cuenta otra clase de méritos, pero siempre con respeto de la *PRIMACÍA* de los principios de seguridad jurídica e igualdad, de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional.

En consecuencia, la sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2016 : la que se ejecuta en este recurso, se ajusta estrictamente a la ley y ordenó que el CGPJ hiciera lo que la ley ordena justificar -si era posible- cómo un mérito subordinado, no previsto en la ley, podía superponerse sobre los contemplados legalmente. Por tanto, dicha sentencia ni era ambigua, ni se prestaba a dudas e interpretaciones diversas. Hacer otra cosa es sencillamente incumplir el mandato judicial dado.

Ni lógica, ni legalmente era posible hacer lo mandado si se insistía en el nombramiento inicial, lo que obligaba al CGPJ a nombrar a la demandante. En un claro incumplimiento, desde mi punto de vista, de la orden recibida el CGPJ ha optado por valorar, otra vez en términos superlativos, unos méritos que la Ley Orgánica del Poder Judicial no consiente que se valoren en el modo en que se ha hecho, desobedeciendo la orden recibida y auto atribuyéndose de nuevo la potestad de nombramiento, que ya se había agotado y que sólo podía actuarse en el modo ordenado.

Se ha conseguido que un reglamento nacido como mecanismo de autolimitación de la discrecionalidad del CGPJ, se haya convertido en un instrumento potenciador de esa discrecionalidad exenta de control y que consagra inmunidades del poder que creíamos hace muchos años superadas.

Nada es para siempre, y menos en el ámbito de la discrecionalidad, pero situaciones como la contemplada en estos autos, en la que el propio autor del reglamento que dice autolimitarse, acaba potenciando y ampliando la discrecionalidad que pretende limitar y la exención de control de esos actos discrecionales, es algo que creía que ya no podía volver a suceder, y sin embargo, ha ocurrido.

Que la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo haya consagrado esta actitud, claramente incardinable en el artículo 6.4º del Código Civil, resulta especialmente descorazonador.

Mayor rubor intelectual produce, si cabe, el tratamiento dado al problema de los nombramientos de la mujer para los cargos discrecionales, pues sin justificación alguna se crea un estado de cosas en el que la situación de equiparación de méritos entre los participantes, que es presupuesto de la aplicación de la norma, se rechaza. Eliminado el presupuesto de hecho de la previsión legal de un modo tan expeditivo como injustificado, se elimina la aplicación de la norma, haciendo desaparecer el obstáculo legal que exigía el nombramiento en favor de la mujer.

No quiero dejar sin responder a uno de los argumentos que de manera reiterada se expresó en el Pleno por quienes sostienen la sentencia mayoritaria. Este procedimiento de elección no es un concurso. Es evidente que así es, pero el hecho de que la decisión haya de adoptarse de modo distinto a como lo sería si fuese un



concurso, no permite vulnerar los criterios de primacía que las leyes establecen en la valoración de méritos, ni consiente hacer prevalecer criterios no mencionados en la ley, por encima, y más allá, de los que ésta contiene.

### C) Conclusión:

La decisión adoptada es especialmente dolorosa, pues el mismo día de la deliberación se publicaba un informe del Consejo de Europa en el que expresamente se afirmaba que los nombramientos judiciales españoles no reúnen los requisitos de objetividad mínimos exigibles. La sentencia de la que disiento no es el camino para rectificar esta crítica.

Recientemente se viene observando un incremento de los estudios sobre las enseñanzas que la Historia del Imperio Romano aporta a la actualidad.

Son continuas las decisiones y reacciones de los poderes públicos a las resoluciones jurisdiccionales que producen desconcierto en la opinión pública, las vertidas respecto a la decisión del T.C. en materia de regularización tributaria y la resolución objeto de este litigio son ejemplos, entre tantos otros, que pudieran mencionarse. Ello hace absolutamente imprescindible preguntarse con Cicerón, pues los mecanismos legales habilitados para rectificar ese estado de cosas han fracasado, « *Quousque tandem abutere, ..., patientia nostra?* » («¿Hasta cuando van a abusar, ....., de nuestra paciencia?»)

En Madrid, a 27 de junio de 2017

Manuel Vicente Garzón Herrero

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 260 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL , AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. DOÑA Celsa Pico Lorenzo, a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo 2/4942/2016, interpuesto por la representación procesal de doña Milagrosa Noemi contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de **26 de mayo de 2016, por el que se acuerda adjudicar la plaza de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 a don Lucio Leoncio , y contra el Real Decreto 257/2016, de 10 de junio, por el que se nombra Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 a don Lucio Leoncio** . Expreso, respetuosamente, mi discrepancia con el pronunciamiento efectuado en la sentencia del Pleno de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo de 26 junio de 2017 , que, en la expresión del voto mayoritario, ha decidido desestimar el recurso contencioso-administrativo y declarar ajustados a derecho el Acuerdo del Pleno del Consejo General de Poder Judicial de 26 de mayo de 2016 y el Real Decreto 257/2016, de 10 de junio.

Considero que dicho recurso contencioso-administrativo debió ser estimado, declarando la nulidad de pleno derecho del referido Acuerdo del Pleno del consejo General del Poder Judicial de 26 de mayo de 2016, y del Real Decreto 257/2016, de 10 de junio, condenando al Consejo General del Poder Judicial a que resuelva adjudicar la plaza de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 a la magistrada Doña Milagrosa Noemi , con base en la exposición de los siguientes fundamentos jurídicos:

**Primero.-** En aras de una adecuada comprensión de la controversia jurídica planteada en este recurso contencioso-administrativo, procede precisar que el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 26 de mayo de 2016, por el que se adjudica la plaza de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 a don Lucio Leoncio , se dicta en ejecución de la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 1033/2016, de 10 de mayo, que anuló el precedente Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 29 de enero de 2015, por el que se nombró al referido magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 .

Este presupuesto jurídico determina que reconozcamos la posición subordinada que asume el Consejo General del Poder Judicial respecto de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, pues no goza de prerrogativas ni de autonomía para ejecutar la mencionada sentencia, ya que la interpretación del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los órganos judiciales.

El Consejo General del Poder Judicial no dispone, por tanto, en este supuesto, en el ejercicio de la potestad de proveer la plaza de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 , de un ámbito de discrecionalidad que le faculte para adoptar una decisión que ignore, contradiga o defraude el sentido propio del pronunciamiento judicial que se ejecuta.



Al respecto, cabe referir que de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2013 (RC 2713/2013 ), y de la doctrina del Tribunal Constitucional ( SSTC 185/2005 y 121/2007 ), se infiere que el canon que resulta aplicable para determinar si una resolución administrativa dictada en ejecución de sentencia ha infringido la obligación constitucional que incumbe a todos los poderes público de ejecutar las sentencias firmes, consiste en comprobar si la decisión se ha adoptado de forma razonablemente coherente con el contenido de la sentencia y en verificar si el órgano ejecutor ha respetado plenamente el principio de seguridad jurídica y el principio de interdicción de la arbitrariedad consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución .

Procede, asimismo, significar que el Tribunal Constitucional ha expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos, obligando al cumplimiento de lo ordenado por los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que constituye una de las mas importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho ( STC 121/2007, de 11 de mayo ).

El incumplimiento de esta garantía procesal determina que deba declararse la nulidad de aquellas decisiones administrativas que objetivamente se aparten irrazonablemente o arbitrariamente o por error del pronunciamiento judicial.

En tal sentido, cabe recordar que el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, normativiza estas directrices jurisprudenciales, al disponer que la potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los juzgado y tribunales de este orden jurisdiccional, y prescribir que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

**Segundo.-** La primera cuestión que fue sometida a nuestro enjuiciamiento por la defensa letrada de la magistrada recurrente en su escrito de demanda, se refiere a dilucidar si el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 26 de mayo de 2016 ha infringido los artículos 24 y 118 de la Constitución , por haber realizado la resolución impugnada «una ejecución desviada» de la mencionada sentencia del Pleno de esta Sala jurisdiccional de 10 de mayo de 2016 «cuya fundamentación ha corregido y revisado como si de una segunda instancia se tratara».

Por ello, debemos partir como premisa para enjuiciar este motivo de impugnación del contenido del fallo de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo 1033/2016, de 10 de mayo (cuya ejecución compete al Consejo General del Poder Judicial), que ordena la retroacción de las actuaciones administrativas en el expediente de su razón «a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución debidamente motivada, en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia».

A mi juicio, la lectura de la parte dispositiva de la sentencia, integrada con los antecedentes de hecho y los fundamentos jurídicos, revela que el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo exige al Consejo General del Poder Judicial un plus de motivación que debe formalizarse en sentido formal y también en sentido material o sustantivo.

Ello requería -como se expresa con meridiana claridad en la fundamentación jurídica de la sentencia que se ejecuta- que la nueva resolución se adopte «con observancia y respeto de las pautas que hemos establecido en los fundamentos jurídicos 6º y 7º», en los que se pone de relieve, tras efectuar un exhaustivo y pormenorizado contraste de los méritos profesionales y capacidades alegados por los candidatos, la «visible endebles» de los méritos objetivables del codemandado (Don Lucio Leoncio ) frente al perfil de méritos profesionales de la recurrente (Doña Milagrosa Noemi ), que debe prevalecer -aun si se considerasen pares- por tratarse de una aspirante mujer.

La expresividad del sentido del fallo judicial contenido en la sentencia del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 1033/2016, de 10 de mayo , interpretado, tal como exige el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la fundamentación jurídica y con el resto de extremos del pleito, promueve declarar que no era procedente proponer de nuevo la designación para dicho cargo judicial del magistrado don Lucio Leoncio , porque ello supone reincidir en ese defecto de motivación sustantivo (resultado de una ponderación de los méritos profesionales de los candidatos desequilibrada), por ser inconsistente e irrazonable la justificación de la adjudicación al designado, partiendo de los datos profesionales aportados por los candidatos.

El Consejo General del Poder Judicial, al resolver la adjudicación de la plaza cuestionada, tal como observaba la sentencia de esta Sala 1033/2016, de 10 de mayo , debía respetar los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones y a los cargos públicos que garantizan los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución ,



y no contravenir el artículo 3 del Reglamento 1/2010 , que regula la provisión de las plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, ni las propias bases de la convocatoria de la provisión de la plaza de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 , aprobadas por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 2014, que vinculaban al órgano decisor. Tampoco podía defraudar el criterio expuesto por el Tribunal sentenciador sobre la prevalencia, en este supuesto, de la magistrada aspirante por su condición de mujer.

Cabe poner de relieve, al respecto, la naturaleza del cargo de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 , pues su titular no sólo ejerce funciones gubernativas relacionadas con el funcionamiento de los juzgado y tribunales, pues como Presidente de la Sala Civil y Penal de dicho órgano judicial, tiene atribuidas relevantes funciones jurisdiccionales (singularmente, en materia de enjuiciamiento de aforados), por lo que una valoración de los méritos y capacidades profesionales que pivote exclusivamente sobre el programa de actuación resulta, como acontece en este supuesto, incompatible con el respeto del principio de objetividad, al no estar amparado por las propias bases de la convocatoria aprobadas para la provisión de dicha plaza.

Considero, por tanto, que, aunque dicha resolución se dicta con el propósito de «disponer la ejecución» de la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo 1033/2016, de 10 de mayo , el Consejo General del Poder Judicial elude que el fallo de la sentencia le ordena que resuelva la adjudicación de la plaza de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 , adoptando una resolución «debidamente motivada en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia».

En este sentido, no estimo convincente la afirmación que se contiene en el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la que discrepo, de que «esta Sala cree que el Consejo General del Poder Judicial ha cumplido en el nuevo acuerdo lo que la sentencia ordenaba sin infringir sus términos», porque se sustenta en una lectura desagregada de los antecedentes de hecho, la fundamentación jurídica y la parte dispositiva de la sentencia de 10 de mayo de 2016 , que contraviene el principio de ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos.

Por ello, con base en los razonamientos expuestos, concluyo que debió declararse nulo el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 26 de mayo de 2016, por infringir los artículos 24 y 118 de la Constitución , al no ajustarse dicho Acuerdo al sentido del pronunciamiento judicial que se ejecuta.

**Tercero.-** Debo también mostrar mi discrepancia con la interpretación que se efectúa en el fundamento jurídico décimo primero de la sentencia de la que discrepo, en relación con el pronunciamiento contenido en la sentencia del Pleno de esta Sala jurisdiccional 1033/2016, de 10 de mayo , respecto de que se habría rechazado, en este supuesto, la aplicación de la preferencia de la candidata mujer sobre el candidato varón.

En la citada sentencia de 10 de mayo de 2016 (cuya ejecución - conviene insistir- incumbe al Consejo General del Poder Judicial), se contiene una directriz que resulta directamente aplicable al caso enjuiciado (en consonancia con el informe emitido por la Comisión de Igualdad el 27 de noviembre de 2014), respecto de que la decisión final de adjudicar la plaza de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de DIRECCION000 debe sustentarse en la observancia y respeto del «principio rector de preferencia de la candidata mujer respecto del candidato varón, ante méritos profesionales parejos, de modo que prescindir de esta regla exige también una explicación coherente debidamente justificada.

En el voto particular que formulé a la sentencia del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006 (RCA 117/2005 ), ya expuse los argumentos jurídicos que avalaban la aplicación de este criterio de preferencia que tiene soporte en la Constitución española y en el Derecho de la Unión Europea, en los siguientes términos:

« [...] 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). ».

**Cuarto.-** El principio de juridicidad del Estado, que se consagra de forma expresa en los artículos 1 y 9.1 de la Constitución, implica que todos los poderes públicos constituidos al amparo de la Constitución deben actuar sometidos al imperio de la Ley y el Derecho, ejerciendo sus potestades y facultades de forma objetiva e imparcial, en aras de la consecución del interés general, debiendo abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución.

Es inherente a la configuración del Estado como Estado Constitucional de Derecho, que los tribunales de justicia fiscalicen la actuación de los poderes públicos, en el marco que disponen los artículos 24, 106 y 117 de la Constitución.

De este control judicial no está exenta la actuación del Consejo General del Poder Judicial, porque -reconociéndose sin ambigüedad su estatuto de órgano constitucional-, resulta un imperativo constitucional que sus decisiones en materias relativas a la administración del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados, puedan impugnarse ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en un juicio de plena jurisdicción, tal como se establece expresamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no puede dejar de cuestionar, desde una perspectiva jurídica, uno de los apartados de la fundamentación del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 26 de mayo de 2016 impugnado, en que se censura el pronunciamiento de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2016, por incurrir en un supuesto abuso o exceso de jurisdicción en el control de los actos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial, propugnando un ámbito exento de control judicial.

El referido apartado del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial expone la siguiente consideración:



« lo que este Consejo entiende que en ningún caso cabe aceptar es que donde el legislador no limite la discrecionalidad, o donde no se autolimite el propio Consejo, pueda un tercer órgano, el que sea, arrogarse funciones constitucionales que le son ajenas privando de ellas al órgano constitucional que las tiene atribuidas, degradándolo hasta hacer irreconocible su función, que no sería distinguible de la de un simple órgano administrativo » .

Por ello, hubiera convenido subrayar en la fundamentación jurídica de esta sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como órgano constitucional al que el artículo 123 de la Constitución encomienda la formación de jurisprudencia, asume la responsabilidad de enjuiciar los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial en materia de provisión de los cargos discrecionales, con el fin de garantizar la observancia de los principios de legalidad, objetividad, transparencia y buena administración, de acuerdo con los postulados expuestos en las sentencias del Tribunal Constitucional 45/1986, de 17 de abril y 108/1986, de 29 de julio .

Madrid, a 27 de junio de 2017.

José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat Celsa Pico Lorenzo

### VOTO PARTICULAR

**CONCURRENTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. José Juan Suay Rincón a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo 2/4942/2016.**

La razón por la que vengo a formular este voto no es sino la de exteriorizar mi discrepancia respecto de la argumentación puntual de que se sirve la Sala para desestimar los motivos esgrimidos en el quinto y sexto de los apartados de la demanda y examinados en los FD 9º y 10º de la sentencia a la que se acompaña este voto. Se trata por tanto de una discrepancia solo parcial y con independencia, además, de que a la postre venga a converger en el mismo resultado.

Sin perjuicio de ello, considero sin embargo inadecuada la caracterización que se afirma en la sentencia como discrecional de la potestad ejercitada en el supuesto de autos -en los términos que después precisaré, y con las consecuencias que igualmente resultan de dicha caracterización-.

Aunque tampoco puedo dejar de reconocer que la línea seguida por la Sala en este caso se mueve dentro de la más estricta ortodoxia y se ajusta de forma plenamente coherente a nuestra doctrina precedente.

I Entre lo reglado y lo discrecional: criterios de diferenciación y consecuencias

La ocasión suscitada resultaba propicia, a mi modo de ver, para proseguir recorriendo y avanzar en la evolución de lo que asimismo vino a denominarse inicialmente como una "jurisprudencia en tránsito", que comenzó a formarse en 2005 y 2006 y cuyo cuerpo esencial de doctrina aparece recogido de forma completa al menos desde la Sentencia de 27 de noviembre de 2007, rec. 407/2009 , en el ámbito de los asuntos como el que ahora ha sido sometido a nuestra consideración (las de 4 y 7 de febrero de 2011, rec. 588 y 343/2009 son, en todo caso, las que acostumbran a invocarse más asiduamente en esta línea). En la provisión de otras plazas de carácter jurisdiccional, ya se considera explícitamente superada la consideración como discrecional de la potestad ejercitada en tales casos (Sentencia de 26 de abril de 2013, rec 298/12).

Pues bien, partiendo de la contraposición entre lo reglado y lo discrecional, también es más correcto en mi opinión adscribir la que ahora nos ocupa al género de las potestades regladas, con las consecuencias consiguientes. Pero comencemos ante todo por establecer los criterios de diferenciación entre ambas potestades.

Todas las condiciones precisas para su ejercicio están tasadas por la norma habilitante, tratándose de potestades regladas. Mientras que, por el contrario, en las discrecionales no sucede así y al menos algunas de tales condiciones no están predeterminadas por la norma habilitante, que las remite en cambio a la voluntad del órgano actuante en cada caso.

Esta diferencia resulta del todo determinante a los efectos de concretar el alcance e intensidad del control judicial. En el supuesto de las potestades regladas, como todas las condiciones requeridas en punto a su ejercicio aparecen previstas por la norma habilitante, y la función llamada a ser ejercitada por los órganos jurisdiccionales consiste en esencia en verificar si justamente es observado o no el ordenamiento jurídico -esto es, sus normas-, no hay límites al ejercicio de su función fiscalizadora.

No sucede igual con las potestades discrecionales, porque no todas las condiciones precisas para su ejercicio figuran preestablecidas por las



normas, en la medida en que alguna de ellas al menos se remite a la voluntad del propio órgano actuante. Perentorio resulta entonces concluir que en lo que hace así a esta remisión la función fiscalizadora de los órganos jurisdiccionales no puede desarrollarse con la misma plenitud.

También estas potestades están sometidas al control jurisdiccional, desde luego, a través de las diversas técnicas que nuestro ordenamiento jurídico conoce y ha ido sucesivamente depurando -esto es, por medio del control sobre los elementos reglados de la potestad, los hechos determinantes de su ejercicio o los principios generales del Derecho (por todos, cobra singular relevancia en este campo el principio constitucional de interdicción de arbitrariedad de los Poderes Públicos)-; pero tales herramientas no permiten alcanzar la plenitud de un control que no llega sino hasta donde justamente alcanza el Derecho y sus normas.

II Única solución justa y pluralidad de soluciones igualmente justas como factor de identificación de unas y otras potestades Sobre la base expuesta, sostenemos que la que nos ocupa es una potestad reglada, porque con ocasión de su ejercicio, y ésta es la verdadera cuestión clave que ha de elucidarse, no cabe sino una única solución justa.

La auténtica discrecionalidad o la discrecionalidad en sentido propio, si se prefiere, comporta siempre una libertad de elección para su beneficiario, en la medida en que la norma misma remite a su decisión. De tal manera, dentro del margen en que la norma se remite a la voluntad del órgano actuante, son lícitas en Derecho las distintas opciones que pudieran ejercitarse y cabe acogerse a cualquiera de ellas; o, como también acostumbra a señalarse, tales opciones resultan jurídicamente indiferentes (en principio, claro está, a salvo de que se rebasen los límites de la discrecionalidad -por todos, la ineludible observancia del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos- y así pueda llegar a constatarse mediante el empleo de las técnicas de control arriba mencionadas).

En el caso de las potestades regladas, en cambio, todas las condiciones requeridas para su ejercicio están previstas en su norma habilitante, y no hay remisión alguna a la voluntad del órgano actuante más allá de lo establecido por dicha norma. De tal suerte, solo existe una solución jurídicamente correcta, que es la que precisamente viene predeterminada por la propia norma.

Sucede que, ciertamente, las normas al establecer las condiciones para el ejercicio de una potestad se sirven en ocasiones del empleo de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, así denominados en la medida en que adolecen de algún grado de imprecisión, y sobre los que después habremos de profundizar. Pero lo que desde ahora interesa retener es que, aun imprecisas o indeterminadas algunas de las condiciones precisas para el ejercicio de la potestad, también figuran establecidas en la norma en estos casos y están por tanto normativamente predeterminadas, esto es, no quedan deferidas a la voluntad del órgano actuante, por lo que en estos casos no estamos ante potestades auténticamente discrecionales sino regladas.

Por la expresada razón, justamente, en un determinado momento que resultó clave para avanzar en la consolidación del Estado de Derecho, dejaron en todo caso de ser consideradas discrecionales esas potestades como hasta entonces se las había considerado y la genuina discrecionalidad vino así a quedar acotada a sus justos términos.

### III

Caracterización de la potestad que nos ocupa como reglada: una única solución justa

Sentadas las consideraciones precedentes, el paso siguiente para de este modo cerrar el círculo será explicar las razones por las que la potestad que nos ocupa admite una única solución jurídicamente correcta. Cuestión cuyo esclarecimiento necesariamente pasa por la concreción del régimen jurídico que le resulta de aplicación.

Hemos de atender a tal efecto al Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que constituye la indudable normativa de referencia en desarrollo de la doctrina jurisprudencial a la que hicimos alusión al inicio de este voto, porque esta disposición reglamentaria establece en su artículo 2.1 su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

Esto sentado, inmediatamente a continuación en su artículo 3 establece el Reglamento 1/2010 los principios rectores para la provisión de estas plazas entre las que se encuentra la que ha dado lugar al supuesto litigioso, comenzando a tal efecto por señalar en su primer apartado: "1. 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."

"1. Las disposiciones del presente Reglamento son de aplicación a la provisión de las siguientes plazas: a) Presidencias de Sala y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo. b) Presidencia de la Audiencia Nacional y Presidencias de sus Salas. c) Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades



Autónomas y Presidencias de sus Salas. d) Magistrados y Magistradas de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales

Superiores de Justicia propuestos por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. e) Presidencias de Audiencias Provinciales."

La norma (artículo 3) consigna expresamente el criterio determinante para la adjudicación de estas plazas, cuando señala que las propuestas correspondientes 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. Y como el criterio está normativamente predeterminado, sencillamente, no cabe hablar de discrecionalidad, porque no hay en modo alguno remisión a la voluntad del órgano actuante.

La exégesis de esta disposición reglamentaria se nos antoja capital, pero tampoco está de más dejar constancia de lo que igualmente este precepto añade en sus otros dos apartados:

"2. El procedimiento para la provisión de plazas garantizará, con objetividad y transparencia, la igualdad en el acceso a las mismas de quienes reúnan las condiciones y aptitudes necesarias.

En este procedimiento se seguirá estrictamente lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el presente Reglamento y en las disposiciones que sean de aplicación.

3. Todos los acuerdos en materia de nombramientos serán suficientemente motivados."

Cuestión distinta sería si constatada la existencia de mérito y de capacidad por parte de los candidatos, cualquiera de ellos pudiera resultar beneficiario de la provisión de la plaza. Entonces cabría considerar como eminentemente discrecional la potestad que nos ocupa. Pero es que, entendemos que al ordenar su adjudicación conforme a los principios arriba mentados, la norma requiere algo más para atender sus exigencias y no solo actúa como una suerte de límite negativo, que sirve solo y exclusivamente para excluir a los que carecen de mérito y capacidad. Más allá de ello, para ajustarse realmente a estos principios, no resulta jurídicamente indiferente inclinarse por cualquier opción con mérito y capacidad, sino que necesariamente ha de otorgarse la plaza a quien reúna en mayor grado tales cualidades.

No es en modo alguno inane el que el Reglamento 1/2010 se sirva después de pormenorizar con cuidado detalle los diversos factores, o elementos de ponderación, que han de tomarse en consideración para la provisión de estas plazas y que, concretamente, para las que nos ocupan, distinga primero, por un lado, unos méritos comunes a todas las plazas de carácter gubernativo y de carácter jurisdiccional y gubernativo en su artículo 7:

"1. Para la provisión de plazas a que se refiere esta Sección, se valorarán la experiencia y las aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de los medios materiales y humanos vinculados a las mismas. 2. Son méritos comunes a todas las plazas: a) La participación en órganos de gobierno del Poder Judicial, en especial de órganos de gobierno de Tribunales. b) El programa de actuación para el desempeño de la plaza solicitada. 3. Será asimismo de aplicación a las plazas de carácter jurisdiccional y gubernativo lo dispuesto en el artículo 5 del presente Reglamento".

Previsión que ha de completarse con el artículo 5 al que se remite, que, para las plazas de carácter jurisdiccional, dispone:

1. En las plazas correspondientes a las Salas del Tribunal Supremo se valorarán con carácter preferente los méritos reveladores del grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional. 2. Serán objeto de ponderación: a) El tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial. b) El ejercicio en destinos correspondientes al orden jurisdiccional de la plaza de que se trate. c) El tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados. c) Las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad técnica dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional. 3. También se ponderarán como méritos complementarios el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia. 4. Los solicitantes habrán de acreditar documentalmente los méritos alegados, en los términos previstos en los artículos 13 y 14 del presente Reglamento.

Y, por otro lado, después, unos méritos específicos, que, concretamente ya, para las Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia y de sus Salas, son los que establece el artículo 10:

1. Para la provisión de las Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia y de sus Salas son méritos específicos:

a) El conocimiento de la situación de los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito territorial del respectivo Tribunal Superior de Justicia, así como la experiencia en órganos colegiados.



b) Para las Presidencias de Salas, el tiempo de servicio activo en el orden jurisdiccional al que pertenezca la vacante.

2. Para la provisión de las Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia en aquellas Comunidades Autónomas que gocen de Derecho Civil Especial o oral, así como de idioma oficial propio, se valorará como mérito la especialización en estos Derechos Civil Especial o Foral y el conocimiento del idioma propio de la Comunidad.

Las bases incluidas en la convocatoria de la plaza adoptada por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 2016, con vistas a regular la provisión en el supuesto sometido ahora a nuestra consideración, recogen, precisamente, la suma de todos los elementos de ponderaciones antedichos. Dice así concretamente su apartado quinto:

"5ª.- Para la provisión de la plaza anunciada serán objeto de ponderación el tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el ejercicio en destino 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 dictados 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 las plazas de carácter jurisdiccional y gubernativo, la participación en órganos de gobierno del Poder Judicial, en especial en órganos de gobierno de Tribunales, el conocimiento de la situación de los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito territorial de la plaza anunciada y el programa de actuación para el desempeño de la misma. Como méritos complementarios a los anteriores se tendrán en cuenta el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia."

Como ya resaltamos, sentadas estas premisas, las consecuencias para el ejercicio del control jurisdiccional resultan palmarias, porque, tratándose de la verdadera discrecionalidad, no es que deba excluirse dicho control pero sí que necesariamente estará limitado a través de las técnicas de control ya antes mencionadas también. En cambio, tratándose de una

potestad reglada, como así pensamos, el control judicial opera en toda su intensidad.

#### IV Improsperabilidad de los planteamientos alternativos

No puede dejar de reconocerse la apelación al carácter discrecional que se predica de la provisión de estas plazas y que asimismo formula el Reglamento 1/2010. Lo afirma así desde su propio título y después lo reitera en diversas ocasiones esta norma reglamentaria a lo largo de su articulado, por todas, especialmente, en su artículo 3 , cuando precisamente junto a la discrecionalidad se refiere también a los de mérito y capacidad como principios rectores de la provisión de estas plazas.

Entendemos, sin embargo, que es preciso conciliar el empleo de criterios aparentemente antagónicos mediante una interpretación sistemática del bloque normativo que nos ocupa. Y como patrón interpretativo del Reglamento 1/2010 se hace preciso acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la que es desarrollo dicha norma reglamentaria, cuyo artículo 326.1 , en relación con la provisión de plazas en los Juzgados, Audiencias y Tribunales Superiores de Justicia, dice:

"El ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos."

La proyección de la disposición legal antes transcrita con carácter general, y por tanto también sobre el supuesto que estamos examinando, no puede ser puesta en tela de juicio, toda vez que a continuación justamente el artículo 326.2 sí que contiene una excepción a la regla general prevista en dicho apartado:

"La provisión de destinos de la carrera judicial se hará por concurso, en la forma que determine esta Ley, salvo los de Presidentes de las Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y magistrados del Tribunal Supremo"

Lo que en suma significa *a contrario* que el apartado anterior tiene alcance general.

A tenor de lo expuesto, hemos de concluir, consiguientemente, que el término discrecional se emplea en el caso que nos ocupa en sentido impropio, esto es, no en el equivalente al de la verdadera discrecionalidad, que a decir verdad es lo que en realidad sucede en todos los supuestos comúnmente agrupados bajo la genérica rúbrica de la discrecionalidad técnica.

Cuando menos, habrá de convenirse en que no cabe asirse en tal calificación para pretender de tal manera la aplicación del régimen propio de las verdaderas potestades discrecionales. Desde luego, no cabe escudarse en un rígido dogmatismo que encapsule e impida que las instituciones fluyan y se revitalicen en el ámbito de



la comunidad jurídica, porque el dialogo entre sus interlocutores constituye el clima necesario del que surge precisamente el Derecho y adquieren sus normas su sentido último. El autor de una disposición puede así moldear el alcance de los conceptos que emplea y contribuir así a su desarrollo y evolución. Pero, desde la perspectiva opuesta, tampoco parece razonable sostener la ausencia de límites y que el curso natural de las instituciones pueda alterarse sin cortapisas.

Llegados a este punto, sin embargo, y en relación ahora con la previsión concreta contenida en el artículo 326.2, han de superarse también las dificultades que resultan de una inmediata y mecánica asociación de las potestades regladas con los concursos de méritos, con base en la cual podría tratar de reivindicarse de nuevo el carácter discrecional de la potestad que nos ocupa.

Se trata sin embargo el concurso de una concreta modalidad selectiva, que inmediatamente evoca la necesidad de priorizar y baremar los méritos, lo que desde luego no es el caso; es más, queda expresamente excluida dicha consideración, tal y como el precepto antes transcrito se cuida perfectamente de dejar bien sentado.

Pero lo importante es resaltar que no por dejar de resultar exigibles la jerarquía y la puntuación de los méritos en los términos dispuestos para los concursos de méritos nos situamos extramuros del ámbito propio de las potestades regladas en el supuesto sometido a nuestra consideración.

Lo que delimita el campo de las potestades regladas y discrecionales, insistimos otra vez, es que sean las normas las que determinen sus criterios de aplicación o que por el contrario dichos criterios queden deferidos o se remitan a la voluntad del órgano actuante, porque de resultar lo primero no habrá más que una única solución justa y en cambio situados en la alternativa opuesta la opción escogida resulta jurídicamente indiferente y cabrán pluralidad de soluciones igualmente justas.

V Las dificultades probatorias existentes, no obstante, como consecuencia del empleo de conceptos jurídico indeterminados

Consecuencia de la caracterización como reglada de la potestad que nos ocupa es que el control judicial es pleno y sin fisuras, si bien tampoco quiere ello decir que dicho control esté exento de dificultades, cuando, como en el caso que nos ocupa, las normas se sirven del empleo de conceptos jurídicos indeterminados.

Para situar las cosas en su justo término, se hace necesario resaltar de entrada y ante todo que tales dificultades no son dogmáticas o de principio sino solo prácticas y que por tanto pueden llegar a superarse y si es así procede actuar en consecuencia en sede judicial, no solo pudiendo sino debiendo corregir el criterio adoptado que se hubiera apartado de lo previsto por la norma. Ahora bien, en cualquier caso, hecha esta salvedad, tampoco cabe minusvalorar las dificultades, como decíamos.

No son tantas éstas si se tratara de promover la provisión de plazas estrictamente jurisdiccionales, porque los principios de mérito y capacidad se proyectan en tales casos sobre el mismo campo y convergen en lo sustancial en la concreción de las exigencias que resultan de ellos. Por medio de tales principios se trata de medir la excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Y los factores o elementos a tener en cuenta en estos casos gozan además de un acusado grado de objetividad, como así es también en el supuesto de autos, donde se alude a ellos en primer término en las bases de la convocatoria: 1º.- el tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial; 2º.- el ejercicio en destinos correspondientes a los órdenes jurisdiccionales civil y penal; 3º.- el tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados; 4º.- las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad técnica dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Pero se acrecientan las dificultades cuando asimismo han de valorarse las cualidades atinentes a la función directiva que resulta inherente al ejercicio de cargos gubernativos, que en cambio es también el perfil al que ha de responder la provisión de las plazas en el caso objeto de nuestro examen ( Sentencias de 5 de febrero y 18 de mayo de 2010 , rec. 72/2005 y 186/2009 ; más recientemente, Sentencia de 9 de marzo de 2017, rec. 4603/2016 , aunque expresando dudas sobre su ámbito de aplicación, como resalta el voto discrepante formulado a esta resolución; en cualquier caso, de nuestra Sentencia de 1 de junio de 2012, rec. 564/2010 resulta clara su

proyección sobre los nombramientos de las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia).

La valoración del mérito y de la capacidad se bifurca en estos casos y, además, los factores o elementos a tener en cuenta tienen un mayor componente subjetivo. En el supuesto de autos, así las cosas, en las bases de la convocatoria se agrega a continuación de los anteriores los siguientes elementos de ponderación a tener presentes: 5º.- Asimismo se valorarán las aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos vinculados a las plazas de carácter jurisdiccional y gubernativo; 6º.- la participación en órganos de gobierno del Poder Judicial, en especial en órganos de gobierno de Tribunales; 7º.- el conocimiento



de la situación de los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito territorial de la plaza anunciada; 8º.- el programa de actuación para el desempeño de la misma.

En fin, para cerrar el elenco de los méritos a considerar, de carácter ya complementario, según se expresa, es el que igualmente se recoge en las bases de la convocatoria en noveno y último lugar: 9º.- como méritos complementarios a los anteriores, el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia.

Tampoco la combinación de este conjunto de elementos nos devuelve otra vez al terreno de la discrecionalidad. Sería así si los nombramientos estuvieran inspirados en criterios de simple confianza, pero no es el caso. Lo enfatizó ya nuestra Sentencia de 29 de mayo de 2006 rec. 309/2004 (superando precedentes anteriores como el que resulta, por ejemplo, de la Sentencia de 30 de noviembre de 1999).

De modo que es preciso, consiguientemente, atenerse a los méritos establecidos y solo a ellos; y solo con base en ellos cabe exteriorizar la razón de decidir, proporcionando al efecto la motivación precisa.

VI

Su proyección sobre el supuesto de autos

En el supuesto de autos, no cabe cuestionar que las razones sobre las que el acuerdo combatido funda su decisión se sitúan en el segundo grupo de méritos que antes hemos recogido, porque los méritos reconducibles al primer grupo son favorables a la otra candidata. Y no le falta razón en este punto al voto particular suscrito a dicho acuerdo cuando así lo viene a resaltar. Pero en sí mismo no resulta ello reprochable, porque no hay preferencia o jerarquía entre los elementos a ponderar.

Tampoco es uno solo de ellos, por lo demás, el que es tomado en consideración como sustento de la decisión adoptada. Si bien se pone especial hincapié en el programa de actuación para el desempeño de la plaza, el acuerdo combatido hace referencia asimismo de manera sucesiva a la experiencia y participación en órganos de gobierno del Poder Judicial, el ejercicio de profesiones y actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia, el conocimiento de la situación de los órganos jurisdiccionales de la Región de DIRECCION000, la experiencia y aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de los medios humanos y materiales vinculados a la plaza, e incluso se aquilata la excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Acaso podría resultar discutible alzaprimar uno solo de tales elementos e ignorar los demás para justificar la decisión adoptada, pese a que incluso pudiera defenderse también este planteamiento con base en alguna de nuestras resoluciones, como la Sentencia de 1 de junio de 2012, rec. 564/2010 (por referirnos a una de las ya citadas con anterioridad); pero no lo es que, como es el caso, considerando en conjunto todos los antedichos elementos, puede considerarse legítima la decisión finalmente adoptada, como pone de relieve la propia sentencia.

Llegados a este punto, hemos de volver sobre las dificultades probatorias a que aludimos en el apartado precedente. Ha de partirse, en efecto, de la existencia, aun cuando limitada, de un cierto margen de apreciación inicial a favor del órgano actuante. En todo concepto jurídico indeterminado acostumbra a distinguirse la existencia de tres círculos concéntricos; y así, junto a una zona de certeza positiva y otra de certeza negativa, entre ambas, también se alude a una zona de incertidumbre; es por lo que, fuera de aquellas otras zonas, es en esta última donde se reconoce el margen de apreciación al que antes nos referimos.

En el supuesto de autos, podría incluso soslayarse o prescindirse de algunos de los elementos de ponderación a los que se refiere la convocatoria, como afirmamos precisamente en nuestra anterior Sentencia 1033/2016, de 10 de mayo de 2016, rec. 189/2015, que al anular el acuerdo impugnado vino a dar lugar al que ahora es asimismo cuestionado con ocasión del presente recurso.

Pues bien, teniendo esto presente, y reconocido el margen de apreciación inicial de que dispone el órgano actuante, este margen resulta difícil combatir en sede jurisdiccional, no ya, o no ya solo, por la deferencia que deriva de la posición del órgano actuante, máxime si su actuación se adorna de un círculo de garantías con intervención de órganos colegiados y plurales; sino también, y sobre todo, en la medida en que asimismo acompaña sus decisiones de una motivación para justificar la subsunción del supuesto concreto en el ámbito de los conceptos de que la norma se sirve.

Lo que sí cabe exigir es un plus de motivación si es que pretende darse preferencia a los criterios subjetivos. Pero no puede pasarse por alto el mayor esfuerzo argumentativo realizado por el acuerdo impugnado para justificar la decisión adoptada.

Con la observancia del deber de motivación se cumple el canon de la discrecionalidad. Pero por la razón que antes apuntamos la motivación viene impuesta igualmente en el caso de las potestades regladas cuando



emplean conceptos jurídicos indeterminados. Ahora bien, si se actúa del modo expuesto, al aportar las razones sobre las que se sustenta la decisión adoptada, se produce por efecto el desplazamiento de la carga argumentativa de contrario y más difícil es de este modo desvirtuar las razones en que se apoya una resolución.

Y siendo así resultan innegables las dificultades probatorias que han de sortearse (aunque frente a la discrecionalidad técnica, de un modo general, cabe a tal fin promover el empleo de los medios que se consideren necesarios con vistas a la clarificación de las circunstancias concretas tomadas en consideración -sin excluir la práctica de pruebas periciales incluso; pese a que su virtualidad pudiera también resultar escasa, dependiendo de las garantías existentes en los procesos de selección y la cualificación de los órganos que han de adoptar las decisiones correspondientes-). Es un problema común a los conceptos jurídicos indeterminados cuando la fiscalización recae en el ámbito de su zona de incertidumbre (halo del concepto). Sirva como ejemplo el prototípico caso del justiprecio en materia expropiatoria. Por el mismo bien no puede haber dos precios igualmente justos. Pero si la diferencia de criterio es inapreciable (zona de incertidumbre) podrá ser inamovible la cuantía fijada en vía administrativa.

Por eso insistimos en el sentido limitado de este voto cuya conclusión coincide con la que alcanza la mayoría. Pero con independencia de ello el camino para llegar a ella es distinto. La apelación a la discrecionalidad refuerza desde luego la consistencia de una decisión que puede así resultar más incontestable; pero creemos que no hay discrecionalidad en estos casos y si el resultado pretendido al impulsar el ejercicio de la función jurisdiccional no llega a alcanzarse se debe ello a las circunstancias que con anterioridad, a lo largo de este voto, hemos tratado precisamente de dejar patente.

En Madrid, a 27 de junio de 2017

José Juan Suay Rincón

**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 de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia certifico.