

## II. NOTAS

### CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) EN GENERAL

*SUMARIO:* I. ACTO: *Suspensión. Incidente de suspensión y ejecución provisional de Sentencia.*—II. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Áreas metropolitanas. Reasignación competencial e intervención del Parlamento autonómico.* B) *Relaciones interadministrativas. Coordinación y cooperación.* C) *Impugnación de actos y acuerdos de los entes locales por la Administración del Estado.*—III. EXPROPIACIÓN FORZOSA: A) *Justiprecio. Valoración de terrenos no urbanizables pero contiguos a zona urbana.* B) *Reversión. Normativa aplicable.*—IV. DEPORTE: *Federaciones Deportivas. Naturaleza jurídica.*—V. EJERCICIO PROFESIONAL: *Estatutos Colegiales y regulación del ejercicio profesional.*—VI. FARMACIA: *Derecho a la continuidad de los herederos. Se regula por las normas de Derecho público, al margen de la que se hubiera establecido en el testamento.*—VII. LENGUA: *Personal al servicio de la Administración de Justicia.*—VIII. PROCEDIMIENTO: *Informes preceptivos y vinculantes. Ascensos en la carrera fiscal. Informes del Consejo Fiscal.*—IX. RESPONSABILIDAD: A) *Funcionamiento anormal. Alumno obligado a matricularse de nuevo por error.* B) *Nexo causal: 1. Suicidio de interno en Hospital Psiquiátrico. Falta de anormalidad en el servicio. 2. Falta de nexo causal. La responsabilidad objetiva no puede derivar en un sistema providencialista. 3. Nexo causal derivado de culpa in vigilando.* C) *Cuantía de la indemnización. Compatibilidad con las pensiones extraordinarias reconocidas.*—X. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: *Recurso de casación. Inadmisión por razón de la cuantía. Sanción por privación de derechos y cuantificación del recurso.*—XI. URBANISMO: *Convenios de planeamiento.*

#### I. ACTO

*Suspensión. Incidente de suspensión y ejecución provisional de Sentencia. Una vez pronunciada la Sentencia, aunque sea susceptible de casación, no puede ser objeto de recurso de casación el proceso incidental de medidas cautelares. Ya no se trata de la ejecución o no del acto, sino de la ejecución provisional o anticipada de la Sentencia.*

«Dispone el artículo 98.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que "la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución de la resolución recurrida".

Esta posibilidad legal de ejecución provisional o anticipada de la sentencia recurrida en casación, desplaza hacia el incidente en que se decida sobre tal ejecución, a suscitar y resolver en la Sala de instancia —art. 98.2 de la ley citada— las cuestiones atinentes a las cautelas o medidas de protección precautoria de los derechos que pudieran ser reconocidos por una eventual sentencia estimatoria del recurso de casación pendiente.

Así lo ha entendido esta Sala en sus Sentencias de 23 septiembre y 21 noviembre 1995 (RJ 1995/6764 y RJ 1995/8282), en las que con cita de autos anteriores ha afirmado "que en los supuestos de haberse pronunciado sentencia, aunque ésta no sea firme por haber sido recurrida en casación, al ser susceptible de ejecución conforme

al precepto indicado, carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, ya que no se está ante la ejecutividad de éste sino ante la ejecución de una sentencia recurrible en casación..., de manera que, una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme o, si ésta no lo fuese por haberse preparado recurso de casación, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución provisional o anticipada”.

En otras palabras, y tal como ha afirmado esta Sala en sus Sentencias, entre otras, de 27 junio y 16 octubre 1996 (RJ 1996/5463 y RJ 1996/7375), el recurso de casación pendiente contra el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares queda sin objeto una vez dictada sentencia, sea o no firme, en los autos principales.

Los razonamientos expuestos conducen a declarar terminado el recurso de casación interpuesto, por haber desaparecido su objeto, dado que con fecha de 6 febrero 1995 se ha dictado sentencia en los autos principales de los que dimana la pieza de suspensión, no apreciándose temeridad o mala fe para hacer especial imposición de costas.» (*Auto 9 de julio de 1998, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 6507.*)

## II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

### A) *Areas metropolitanas. Comisión Mixta de reasignación competencial e intervención del Parlamento autonómico.*

«Queda así reducida la cuestión al cuarto motivo casacional, en el que se invoca la infracción de los artículos 24.1, 66.2, 97, 103.2, 106.1 y 153.c) de la Constitución y 40 del Estatuto de Autonomía de Cataluña por si las infracciones constitucionales que se reprochan fueren predicables, como afirma el voto particular, a cuya fundamentación se remite el recurrente sin más razonamientos, de la Ley 7/1985, porque de ser así habrá de plantearse la cuestión de constitucionalidad al amparo de los artículos 5.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 35 y 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El motivo de casación invoca, amparado en el artículo 95.1.4.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la infracción de los artículos 66.2 y 97, 24.1, 103, 106.1 y 153 de la Constitución y del artículo 40.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En opinión del recurrente, la sentencia infringe los preceptos constitucionales transcritos al no considerar inconstitucional lo previsto en la disposición adicional 4.ª de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1987, tal como propone un voto particular formulado por uno de los Magistrados que forman parte de la Sala *a quo*.

La disposición adicional 2.ª.2 de la Ley de la Generalidad de Cataluña de 4 abril 1987, número 7/1987, sobre establecimiento y regulación de actuaciones públicas especiales en la “conurbación” de Barcelona y en las comarcas comprendidas dentro de su zona de influencia, dispone, al propio tiempo que declara extinguida la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona, en cuanto a los servicios públicos prestados por dicha entidad que no correspondan a las nuevas entidades metropolitanas que se crean en la propia Ley, que una comisión mixta integrada por representantes de la Generalidad y de los municipios afectados determinará su asignación definitiva, de acuerdo con las respectivas competencias, las competencias de las nuevas entidades metropolitanas y la unidad efectiva de explotación o destino del servicio.

La disposición cuya constitucionalidad se cuestiona ordena, respecto de dicha comisión, lo siguiente:

"1. Las propuestas de la comisión mixta a que se refiere el apartado 2 de la Disposición Adicional Segunda incluirán la relación de medios materiales y personales que deberán ser objeto de transferencia y se elevarán al Gobierno de la Generalidad que las apruebe por decreto.

2. La comisión elaborará las propuestas en el plazo máximo de seis meses contados desde la entrada en vigor de la presente Ley; si transcurriera este plazo y la comisión no hubiera adoptado el acuerdo de transferencia, el Gobierno de la Generalidad formulará directamente la correspondiente propuesta, a la que adjuntará en su caso, las discrepancias formuladas en la comisión y la presentará al Parlamento para que determine los servicios a transferir. Una vez adoptada la decisión parlamentaria, el Gobierno de la Generalidad aprobará el decreto de transferencias de acuerdo con la misma."

La parte recurrente mantiene, en esencia, que la referida disposición adicional establece un trámite de intervención del Parlamento autonómico en el procedimiento administrativo que es contrario al principio de exclusividad de las funciones atribuidas a las Cámaras legislativas que emana de los artículos 66.2 y 97 de la Constitución.

Como declara la jurisprudencia (v. gr., Sentencia de 30 junio 1994, Recurso número 1636/1991 [RJ 1994/5279]), para estimar vulnerado, en este caso por la ley autonómica, un precepto constitucional, es menester que se pronuncie al efecto el Tribunal Constitucional como único competente para hacer dicha declaración. Al Tribunal ordinario sólo le compete, de conformidad a lo establecido en los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, cuando considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, el planteamiento de la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica citada, de forma que el enjuiciamiento que le compete hacer sobre la constitucionalidad de la ley que está llamado a aplicar tiene carácter provisional.

De esta suerte, la infracción de un precepto constitucional invocada en casación —cuando consiste en su no aplicación derivada de la aplicación por la sentencia impugnada de la Ley que se reputa inconstitucional— no puede cristalizar en la estimación inmediata del motivo formulado, sino que la suerte de éste queda vinculada a la existencia de dudas razonables que el Tribunal Supremo pudiera albergar sobre la constitucionalidad de la ley, y al buen éxito que la cuestión de inconstitucionalidad que entonces procedería plantear ante el Tribunal Constitucional pudiese alcanzar.

En el caso examinado, esta Sala no abriga dudas razonables sobre la constitucionalidad de la disposición adicional citada. Es cierto que en ella se prevé la intervención de la Asamblea Legislativa de Cataluña en un procedimiento administrativo. Sin embargo, esta intervención, en primer término, se articula por medio de una "decisión parlamentaria", que sólo debe recabarse en el caso de que la comisión mixta a la que se confía la posibilidad de llegar a un acuerdo interadministrativo no formule una propuesta en el plazo de seis meses, y se resuelve mediante la aprobación por el Gobierno de la Generalidad del "decreto de transferencias de acuerdo con la misma".

Dado que la intervención del Parlamento catalán tiene lugar por medio de una decisión sin fuerza de ley, que se inserta en el procedimiento administrativo, no puede argüirse la subordinación o confusión de la potestad legislativa con la potestad ejecutiva, puesto que el Parlamento no actúa, como se ha visto, ejerciendo funciones normativas, sino mediante el desempeño de una función de carácter excepcional a título de árbitro para resolver el conflicto entre las Administraciones interesadas.

Tampoco puede alegarse que la exclusividad funcional de las Cámaras legislativas impide la atribución a éstas de funciones ajenas a las expresamente tipificadas

en la Constitución o, en este caso, en la norma institucional básica de Cataluña, que es su Estatuto de Autonomía.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional admite la posible regularidad constitucional, de la atribución a las Cámaras legislativas de funciones no expresamente previstas en la Constitución. Según declara la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 julio 1986, número 108/1986 (RTC 1986/108), "la recta interpretación del último inciso del artículo 66.2 de la Norma Suprema no es que las Cortes sólo puedan tener las funciones expresamente contenidas en la Constitución, sino que ésta les asigna algunas que forzosamente han de cumplir y que la ley no puede atribuir a ningún otro órgano, sin que ello suponga que, por ley, no pueda reconocérseles otras, que no estén específicamente mencionadas en la Constitución".

En el caso de Cataluña, el Estatuto prevé de modo expreso la posibilidad de que el propio Parlamento, dada la posición de representación del pueblo de Cataluña que le compete, puede autoatribuirse competencias de acuerdo con la Constitución y con el propio Estatuto. Según el artículo 30.1, "el Parlamento representa al pueblo de Cataluña y ejerce la potestad legislativa, aprueba los presupuestos, impulsa y controla la acción política y de gobierno y ejerce las restantes competencias que le sean atribuidas por la Constitución y, de acuerdo con ella y el Estatuto, por la Ley que apruebe el propio Parlamento". Sólo en tanto pudiera justificarse que la atribución de una competencia al Parlamento es contraria a la Constitución o al Estatuto podría considerarse que atenta contra el bloque de la constitucionalidad.

En el caso examinado la mediación del Parlamento se ordena en una ley y se articula en forma de decisión respecto de la transferencia de las competencias derivadas de la extinción de un ente territorial de notable importancia, la Entidad Metropolitana de Barcelona. Su justificación radica en el designio del legislador de establecer un procedimiento que favorezca el acuerdo entre las Administraciones interesadas y que, en su defecto, se solucione con una intervención de carácter cuasi arbitral entre la Administración autonómica y la local, habida cuenta de que la atribución de la decisión última sobre la transferencia de servicio al órgano ejecutivo superior de la Comunidad Autónoma, que resulta difícil de eludir a tenor de la estructura de poderes en el ámbito de la misma, presenta el inconveniente de que en un eventual conflicto entre Administraciones la autonómica constituye una parte directamente interesada. La importancia de la materia, la existencia de posibles intereses contrapuestos entre Administraciones derivada de la necesidad de asumir las competencias resultantes de un acontecimiento no ordinario y de gran importancia institucional, como la extinción del Ente Metropolitano de Barcelona, y el carácter excepcional y cuasi arbitral de la función atribuida al Parlamento de Cataluña no parecen contravenir el carácter representativo y la dignidad máxima que como órgano estatutario ostenta aquél.

En resumen, no abrigando esta Sala dudas sobre la constitucionalidad del precepto al que se imputa la infracción de la Constitución que constituye el fundamento del primer motivo formulado, es procedente su desestimación.

En relación con los artículos 24.1, 103.2, 106.1, 152.1 y 153.c) de la misma Constitución y apartados 1 y 2 del artículo 40 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el motivo plantea la inconstitucionalidad ya expresada de la disposición adicional 4.ª de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1987, fundándose ahora en que la intervención del Parlamento de Cataluña sustrae el decreto de transferencias a la fiscalización de los Tribunales.

Tampoco esta argumentación es suficiente para suscitar las dudas de esta Sala sobre la constitucionalidad del precepto que se combate, pues no teniendo la decisión dictada por el Parlamento fuerza de ley, e integrándose en un procedimiento administrativo que termina mediante un decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad, pocas dudas pueden abrigarse acerca de que el acto resolutorio del procedimiento está sujeto a la fiscalización de los Tribunales.

El motivo debe, pues, decaer.» (Sentencia de 15 de mayo de 1998, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4662.)

B) *Relaciones interadministrativas. Participación de Ayuntamientos y Diputaciones en la formación de planes de cooperación de obras y servicios. Distinción entre coordinación y cooperación.*

«El apartado 1 del artículo 17 del Decreto 361/1986 dispone lo siguiente: “La participación de las Diputaciones y de los Ayuntamientos en la formulación de los planes de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal que tiene atribuidos la Administración de la Generalidad se llevará a cabo, con carácter ordinario, mediante la constitución de Comisiones Mixtas”. El apartado 2 establece tanto el momento de constitución de las Comisiones Mixtas como su composición, respecto de la cual dispone que estarán formadas por un Presidente, que será el Conseller de Governació; ocho representantes de la Administración de la Generalidad, y ocho representantes de los entes locales de Catalunya con la siguiente distribución: un representante de cada una de las Diputaciones catalanas y cuatro representantes de los municipios, de los cuales dos serán elegidos por la Asociación Catalana de Municipios y otros dos por la Federación de Municipios de Cataluña. El apartado 3, por último, determina que las Comisiones estarán adscritas al Departament de Governació, cuyo Conseller podrá delegar la presidencia en el Director General de Administración Local.

Contra el anterior precepto, la representación procesal de la actora invoca, en primer lugar, la vulneración del principio de reserva de ley, que, en su opinión, consagra el artículo 58.1 de la LRBRL, alegando que la creación de las Comisiones Mixtas que el artículo 17 del Decreto 361/1986 regula exige una disposición de rango legal y no puede hacerse por medio de una norma de carácter reglamentario. La Sala no comparte este alegato. La regulación, de forma provisional, de la participación de las Diputaciones y de los Ayuntamientos en la formulación de los planes de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal que tiene atribuidos la Administración de la Generalitat, mediante la constitución de unas Comisiones Mixtas cuyas funciones efectivas no se definen, no trasciende del ámbito puramente organizativo y de funcionamiento, y no produce interferencia alguna en el campo de las competencias, las reglas de la actividad pública o el régimen de los medios personales y materiales, afectados, éstos sí, por la reserva de ley. El artículo 10.1 de la LRBRL dispone que la Administración Local y las demás Administraciones Públicas “ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos”, y la norma recurrida desarrolla precisamente este precepto legal, sin que se vea perturbada la autonomía de las entidades locales. El Tribunal Constitucional ha precisado (por todas, Sentencia número 214/1989, de 21 diciembre [RTC 1989/214]) que “no puede tampoco olvidarse que las funciones atribuidas a los órganos de colaboración serán únicamente deliberantes o consultivas, lo que evidencia que su interferencia en el ejercicio de las competencias por sus titulares efectivos queda en cualquiera de los casos total y absolutamente preservada. No ha lugar, por ello, a afirmar la falta de cobertura competencial de la LRBRL, en este extremo, por cuanto en el artículo 58.1 no se instrumenta, en sentido estricto, una ‘coordinación general’ que, como ha dicho reiteradamente este Tribunal Constitucional, implica un límite efectivo en el ejercicio de las competencias y que, por ello mismo, debe venir, en efecto, amparada en la pertinente atribución competencial, sino que lo que se manifiesta es la idea misma de cooperación entre las diversas instancias públicas. La diferencia existente entre las técnicas de cooperación y las de coordinación encuentra, en efecto, una adecuada expresión en la LRBRL, dado que, junto a los artículos 57 y 58, en los que se expresan esas técnicas cooperativas, ya sea funcional u orgánicamente, en los artículos 10.2, 59 y 62 se concretan facultades de coordinación de las Administraciones públicas (...). No son, en definitiva, estrictas técnicas de coordinación las que se prevén, si bien los resultados que se pretenden alcanzar se orientan también a hacer efectiva la exigencia constitucional de coordinación en la actuación de las Administraciones Públicas (art. 103.1 de la Constitución). Por ello, no es preciso localizar

norma específica atributiva de la competencia para que la LRBRL haya podido legítimamente prever, con carácter general, la creación e institución de estos órganos de colaboración".» (*Sentencia 2 de octubre de 1998, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 7633.*)

C) *Impugnación de actos y acuerdos de los entes locales por la Administración del Estado. Carece de legitimación la Administración para impugnar una Ordenanza local en materia de normalización lingüística.*

«El análisis del primer tema sucintamente expuesto resulta de especial importancia porque determina el alcance general de la impugnación posible en el recurso contencioso-administrativo formulado, en su día, por la Administración General del Estado.

En efecto, es cierto que la críptica frase de la sentencia de primera instancia a que alude el Abogado del Estado no puede entenderse, como sostiene en su escrito de alegaciones, en el sentido de que estemos ante un conflicto de competencias cuya resolución compete al Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo que la Sala del Tribunal Superior de Justicia quiere decir, y ello constituye su punto de partida, es que el pronunciamiento anulatorio que se solicitaba en la demanda no podía extenderse a la totalidad del reglamento local por una infracción genérica del ordenamiento jurídico, para lo que no existía la necesaria legitimación de la Administración actora, ya que el Estado carece de competencias para regular "materias de cooficialidad lingüística".

Así precisado el argumento de la sentencia recurrida, debe compartirse la tesis que mantiene el Tribunal de primera instancia. En efecto, los artículos 65 y 66 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), Ley 7/1985, de 2 abril, prevén la legitimación tanto de la Administración del Estado como de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos y acuerdos de la entidades locales que infrinjan el ordenamiento jurídico. Esta duplicidad de Administraciones legitimadas que tiene su explicación en la estructura compleja del Estado español, en el que las entidades locales son elementos de la organización territorial del Estado y de las Comunidades Autónomas, y constituye, en el Derecho comparado, una peculiaridad del sistema de control de legalidad de los actos de dichas entidades, no supone, sin embargo, el reconocimiento de una legitimación absoluta e indiferenciada de ambas Administraciones. Es, por el contrario, una legitimación que responde a la naturaleza "bifronte" del régimen jurídico de las entidades locales, en cuanto Estado y Comunidades Autónomas concurren a su determinación. De esta manera, se legitima a uno y otras en función del ordenamiento eventualmente infringido, bien por ser materia en la que es competente el Estado o la Comunidad Autónoma (art. 65 LRBRL), o bien por invasión del respectivo ámbito de competencias (art. 66 LRBRL). Este es, en definitiva, el criterio que inspira a ambos preceptos cuando se refieren a "el ámbito de sus respectivas competencias" y a los "actos y acuerdos de las entidades locales que menoscaban competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas entidades".

En consecuencia, como refleja la sentencia impugnada, a la Administración del Estado, a través de la legitimación procesal que le atribuyen los indicados preceptos de la LRBRL, le corresponde el control de legalidad para impugnar los acuerdos de los Entes locales que infrinjan la legislación del Estado o aquellos que invadan competencias propias de la Administración estatal. Y si el sistema así diseñado presenta indudables dificultades prácticas para precisar, en cada caso, si la Administración que ejercita la acción está o no actuando en el ámbito de competencias que le corresponden como propias, en el supuesto que se contempla resulta claro que la normalización del uso del euskera es competencia normativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco ejercida a través de la Ley 10/1982, de 24 noviembre. Como señala la exposición de motivos de esta Ley, la Constitución y el Estatuto de Autonomía confían a los poderes públicos de dicha Comunidad la adopción de las medidas encaminadas a asegurar el desarrollo y

la normalización del uso del euskera considerando su doble dimensión de parte fundamental del patrimonio cultural del pueblo vasco y, junto con el castellano, idioma de uso oficial en territorio de la Comunidad Autónoma.

Como dijo esta misma Sala, en reciente Sentencia de 21 septiembre 1998 (RJ 1998/7184), la normalización lingüística de un idioma cooficial entra en el ámbito o esfera de intereses de la Comunidad Local, pero excede de ella para afectar, de modo prioritario, a los de la Comunidad Autónoma, por lo que no puede invocarse la capacidad de los Entes Locales para la promoción de los intereses propios de la colectividad municipal. No es que no se reconozca legalmente una competencia municipal para la normalización lingüística del euskera, sino que tal competencia está atribuida a la Comunidad Autónoma. Pero partiendo de esta premisa, ha de compartirse el criterio y el método de análisis del Tribunal *a quo* en cuanto, por razón de la legitimación que ostenta la Administración General del Estado, entiende únicamente viable en el proceso el examen de la impugnación relativa a infracción de preceptos del ordenamiento estatal, teniendo, además, en cuenta que la STC 82/1986, de 26 junio (RTC 1986/82) (fundamento jurídico 4.º), advierte que el título competencial del artículo 149.1.1.º CE no habilita al Estado para regular, con carácter general, siquiera en sus aspectos básicos, la cooficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano y su consiguiente utilización por los poderes públicos o el derecho al uso de otras lenguas españolas por los particulares. En concreto, la regulación de la normalización lingüística del euskera es competencia atribuida por el artículo 3.2 CE y por el artículo 6.1 y 2 del Estatuto de la Comunidad Autónoma Vasca.» (Sentencia de 13 de octubre de 1998, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 7695.)

### III. EXPROPIACIÓN FORZOSA

A) *Justiprecio. Valoración de terrenos no urbanizables pero contiguos a zona urbana. Inaplicación del aprovechamiento de las parcelas próximas más representativas, pero reconocimiento de un cierto valor urbanístico con el fin de mantener el principio de equidad en la distribución de beneficios y cargas.*

«Como motivo de casación formulado como alegación cuarta se invoca la infracción de la doctrina jurisprudencial que cita sobre el cálculo de la edificabilidad circundante, entre otros extremos relacionados con el cálculo del valor urbanístico.

Este motivo tampoco puede prosperar.

Es cierto que esta Sala tiene reiteradamente declarado que, cuando se trata de terrenos sin aprovechamiento reconocido en el plan a los que no resulta aplicable el valor fijado a efectos de la contribución territorial urbana, como ocurre en el caso enjuiciado, y siempre que no exista un polígono fijado a efectos de compensación del que pueda extraerse el aprovechamiento medio, el valor urbanístico reconocido en el plan debe determinarse con arreglo al que corresponde a los terrenos colindantes o del entorno (o incluso, cuando éste no es adecuado, al aprovechamiento medio establecido en el plan), obteniendo el promedio entre aquellos terrenos cuando tienen reconocidos aprovechamientos distintos (por ejemplo, en el caso de que unos correspondan a edificabilidad cerrada o intensiva y otros a abierta o extensiva) o acudiendo a las parcelas próximas más representativas, con el fin de aplicar de manera razonable y equilibrada un principio de compensación de los beneficios y cargas del planeamiento en el justiprecio resultante (Sentencias de 20 marzo 1989 [RJ 1989/2107], 18 diciembre 1992 [RJ 1992/9879], 17 marzo 1993 [RJ 1993/1803], 5 febrero 1994 [RJ 1994/747], 18 junio 1994 [RJ 1994/5905], 24 junio 1994, 24 octubre 1994 [RJ 1994/8811], 15 julio 1995 [RJ 1995/6273], 9 octubre 1995 [RJ 1995/7044], 8

noviembre 1995 [RJ 1995/8757], 18 noviembre 1995 [RJ 1995/9500], 2 enero 1996 [RJ 1996/356], 29 enero 1996 [RJ 1996/393], 6 febrero 1997 [RJ 1997/751], 15 febrero 1997 [RJ 1997/981], 17 febrero 1997 [RJ 1997/1145], 12 abril 1997 [RJ 1997/3230], 21 junio 1997 [RJ 1997/6271], 2 julio 1997 [RJ 1997/5962], 9 julio 1997 [RJ 1997/6078], 17 julio 1997, 26 julio 1997 [RJ 1997/6733], 7 octubre 1997 [RJ 1997/8102], 10 octubre 1997 [RJ 1997/7231], 8 noviembre 1997 [RJ 1997/8302] y 20 noviembre 1997, entre otras muchas).

Sin embargo, esta doctrina no es aplicable a los terrenos clasificados como suelo no urbanizable, dado que los mismos deben ser valorados con arreglo a su valor inicial.

No obstante, esta Sala, en la ya citada Sentencia de 3 marzo 1992 (Recurso número 850/1988), puso de manifiesto que la inmediatez de los terrenos cuestionados al suelo urbano, incluso edificado, con la trascendencia que ello debe conllevar a efectos valorativos, y la circunstancia de que estamos en presencia de suelo no urbanizable destinado a Sistemas de Parques Forestales de repoblación, afecto directa e inmediatamente al servicio del suelo urbano, demandan una valoración, desde luego, excluyente de la conversión de la expropiación en confiscación parcial, lo que llevó en aquella ocasión a considerar como oportuno computar la edificabilidad permitida en el planeamiento vigente con anterioridad al que ha determinado la expropiación como única forma de no imponer la carga del planeamiento a personas determinadas, sin distribuir las equitativamente.

Ello nos lleva a la conclusión de que las peculiares circunstancias urbanísticas del terreno expropiado impiden que pueda ser valorado con arreglo al valor urbanístico de los terrenos del entorno, pero aconsejan reconocerle un aprovechamiento urbanístico en relación con aquellas peculiares circunstancias que permita el restablecimiento del principio de equidad en la distribución de los beneficios y cargas del planeamiento que determinó su expropiación con arreglo al artículo 69 de la Ley del Suelo. Desde este punto de vista, no parece incorrecta la solución a que llega la Sala de instancia, la cual (ante la inadecuación al presente caso de aplicar el aprovechamiento concedido por el planeamiento anterior) toma la más alta de las valoraciones municipales obrantes en los autos, la cual, aun cuando formulada en relación con el valor inicial del terreno, incorpora un grado de aprovechamiento en función de sus características, el cual, aun cuando se ignora con exactitud cómo ha sido calculado, no parece irrazonable ni alejado, a la vista de los datos obrantes en los autos, del aprovechamiento medio correspondiente al suelo urbanizable programado en el Plan General ni del que aplicó el jurado en su valoración, que arrojó un resultado no desproporcionadamente inferior.

De ello, en suma, se infiere que la Sala de instancia se ajusta sustancialmente a los principios que inspiran la solución hallada en la sentencia que sirve de precedente para el enjuiciamiento, adaptándolos a las circunstancias del caso, y no puede ser, en consecuencia, reputada incorrecta, aun cuando la argumentación utilizada, fundada en el valor mínimo garantizado resultante de las valoraciones públicas correspondientes al valor inicial del terreno, no pueda ser considerada como plenamente exacta.» (Sentencia de 19 de junio de 1998, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 5252.)

*B) Reversión. La reversión se debe regir por la ley vigente en el momento de ejercitarse, aun en el caso en que el expediente se hubiera incoado bajo la vigencia de ley distinta que no contemplase este derecho o la regulara de modo diferente.*

«Las infracciones que se denuncian por entender que la Sala de instancia ha reconocido en la sentencia impugnada la retroactividad de la Ley 8/1990, de 25 julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, no obstante estar



constitucional y legalmente prohibida la de aquellas disposiciones que, cual ocurre en el supuesto que decidimos y en contemplación del Texto Legal citado, resultan desfavorables o restrictivas de los derechos individuales, aquellas infracciones, decimos, están desprovistas de todo fundamento, desde el momento que, según la doctrina jurisprudencial consolidada de esta Sala (Sentencias de 30 septiembre 1991 [RJ 1991/6096], 25 febrero 1992 [RJ 1992/1742], 15 marzo y 5 junio 1992 [RJ 1993/1684 y RJ 1993/4872], 20 diciembre 1994 [RJ 1994/10558], 28 abril 1995 [RJ 1995/3231] y 20 mayo 1997 [RJ 1997/3980]), "el derecho de reversión es un derecho nuevo y autónomo, cuyo factor determinante es la extinción de la causa o fin que legitimaron la expropiación llevada a cabo, y el procedimiento a través del que se actúa no es continuación del expediente expropiatorio, por lo que la reversión se ha de regir por la ley vigente en el momento de ejercitarse, aunque el expediente de expropiación se hubiera incoado bajo la vigencia de una ley distinta, la cual no contemplase ese derecho o lo regulase de otro modo".» (Sentencia de 23 de junio de 1998, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 5361.)

#### IV. DEPORTE

##### *Federaciones Deportivas. Naturaleza jurídica. Asociación de carácter privado a la que se atribuyen funciones públicas.*

«Interpretando el régimen jurídico vigente al tiempo en que se dictó la resolución administrativa impugnada en el proceso, constituido, en lo que ahora importa, por la Ley 13/1980, de 31 marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, y por el Real Decreto 643/1984, de 28 marzo, sobre Estructuras Federativas, se afirmó: a) que las Federaciones aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo (por todas, STC 67/1985, de 24 mayo [RTC 1985/67]); b) que una de dichas funciones públicas lo es la sancionadora (STS 8 junio 1989 [RJ 1991/9267], dictada en recurso extraordinario de revisión, en su fundamento de derecho tercero), y en suma aquellas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 13/1980 (misma STS, en su fundamento de derecho quinto); y c) que al actuar en todos esos casos —los previstos en el precepto que acaba de ser citado— tendrán la consideración de Agentes de la Administración (STS 24 junio 1988 [RJ 1988/5107], fundamento de derecho tercero). En síntesis, "las Federaciones Deportivas españolas atienden al desarrollo específico de la modalidad deportiva correspondiente, a través del ejercicio de funciones propias y delegadas por la Administración del Estado, bajo la coordinación del Consejo Superior de Deportes" (art. 1.º.2 del Real Decreto 643/1984), comprendiéndose en estas últimas el ejercicio de la potestad disciplinaria (art. 16.1 de la Ley 13/1980); a su vez, a dicho Consejo, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Cultura (art. 3.º.2 de la Ley citada), se adscribe orgánicamente el Comité Superior de Disciplina Deportiva —art. 34.2.c) de la misma—, ante el cual son recurribles los acuerdos que adopten las Federaciones en esa materia (art. 34.3), sin que contra sus resoluciones quepa recurso administrativo alguno (art. 37.1).

Las conclusiones interpretativas entonces obtenidas se reafirman explícitamente en el régimen jurídico instaurado por la Ley 10/1990, de 15 octubre, del Deporte, en cuyo artículo 30.2 se dispone que "las Federaciones Deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública"; añadiendo el artículo 33.1 que "las Federaciones Deportivas españolas, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes ejercerán las siguientes funciones: ... f) ... la potestad disciplinaria..."; respecto de la cual, el artículo 84.5 dispone que "las resoluciones del Comité Español de Disciplina Depor-

va agotan la vía administrativa y se ejecutarán, en su caso, a través de la correspondiente Federación Deportiva, que será responsable de su estricto y efectivo cumplimiento". Previsiones luego recogidas en los artículos 1.1, párrafo segundo, y 3.1.f) del Real Decreto 1835/1991, de 20 diciembre, sobre Federaciones Deportivas españolas, y 67 del Real Decreto 1591/1992, de 23 diciembre, sobre Disciplina Deportiva.

Resulta así, por aplicación del régimen jurídico expuesto, que esas asociaciones de carácter privado que son las Federaciones Deportivas, ejercen por delegación, como función pública de carácter administrativo, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, la potestad disciplinaria deportiva, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública. Lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28.4.b) de la Ley de la Jurisdicción, transcrito al principio, les priva de legitimación procesal para recurrir en sede jurisdiccional la resolución final que en sede administrativa ultima el control de sus propias decisiones dictadas en ejercicio de esa potestad.

En conclusión, aunque la sentencia apelada haya basado su pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso en la norma del artículo 28.4.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no en la del artículo 28.4.b), que es la que este Tribunal entiende propiamente aplicable, es lo cierto que aquel pronunciamiento se acomoda al criterio últimamente adoptado, que acaba de ser transcrito; procediendo por ello, en aplicación del principio de unidad de doctrina, desestimar el presente recurso de apelación.» (Sentencia de 5 de octubre de 1998, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 7731.)

## V. EJERCICIO PROFESIONAL

*Los Estatutos Colegiales no regulan el ejercicio de la profesión, al contener una simple descripción enunciativa de funciones que no se reservan en exclusiva.*

«Continuando con el Recurso núm. 532/1996, la impugnación se dirige contra el artículo 13.1. Cuando el artículo 13 de los Estatutos dispone como derecho de los Colegiados "el ejercicio de la profesión de Biólogo" está atribuyendo a los colegiados (los cuales, para serlo, deben estar en posesión del correspondiente título académico) el ejercicio de la profesión, cumpliéndose así el mandato del artículo 3 de la Ley 75/1980, de 26 diciembre, por la que se crea el Colegio Oficial de Biólogos. El artículo 15 es impugnado también en su primer apartado por entender que infringe el principio de reserva de ley proclamado por el artículo 36 de la Constitución. El artículo 36 de la Constitución establece que una Ley regulará el ejercicio de las profesiones tituladas como la de Biólogo. El Real Decreto impugnado está contemplando y exigiendo reserva de ley para regular el ejercicio de la profesión de Biólogo y, en concreto, su artículo 15.1 reproduce un mandato legal, en tanto que el núm. 2 no atribuye competencias profesionales, sino que describe enunciativamente las funciones que se consideran propias de la profesión de Biólogo, dejando a salvo lo que se disponga en la Ley reguladora de la profesión, así como las atribuciones profesionales y normas de colegiación que se contengan en las leyes reguladoras de otras profesiones, como acertadamente sostiene la Abogacía del Estado. Se entiende, pues, que unos Estatutos, que no regulan el ejercicio de una profesión, no deben tener el rango formal de Ley, correspondiendo al Gobierno su aprobación conforme al artículo 6.2 de la Ley que los regula.

Tanto el Recurso núm. 532/1996 como el Recurso núm. 542/1996, interpuesto contra el Real Decreto 639/1996 por el Consejo General de Colegios Médicos, van dirigidos a impugnar al artículo 15, apartado 2.º, del mismo, alegando como motivos

de impugnación, además de la infracción del principio de reserva de Ley, a la que nos hemos referido en el fundamento de derecho anterior de la presente y que aplicamos al Recurso núm. 542/1996 para evitar repeticiones inútiles, se impugna también el artículo 15.2.º porque se dice que regula *ex novo* determinados aspectos de la profesión de Biólogo y porque entienden que tales Estatutos van a permitir a los Biólogos ejercer parcelas profesionales propias de las profesiones de Farmacéuticos y Médicos, entre las que se concretan las del apartado 2.h), que permite a los Biólogos los estudios y análisis físicos, bioquímicos, citológicos, histológicos, microbiológicos e inmunobiológicos de muestras biológicas, incluidas las de origen humano. Tal causa de impugnación común a ambos recursos debe ser rechazada, dado que el artículo 15.2 hace una relación meramente enunciativa de unas funciones que pueden ejercer los Biólogos, pero no con carácter exclusivo, permitiendo sin duda la concurrencia con otros profesionales como Farmacéuticos y Médicos, y tal impugnación se hace por los recurrentes sin citar ni un solo precepto de rango superior que pueda resultar infringido por el artículo 15.2 que examinamos, es decir, sin explicar siquiera en qué consiste la intromisión del artículo 15.2 examinado en las normas reguladoras de las profesiones de Farmacéuticos y Médicos que se oponen al mismo. Se trata de un precepto que no reserva en exclusiva competencias profesionales, sino que describe enunciativamente las funciones que se consideran propias de la profesión de Biólogo, dejando a salvo lo que disponga la Ley reguladora de tal profesión así como las atribuciones profesionales y normas de colegiación que se mantengan en las leyes reguladoras de otras profesiones, con lo cual no ofrece duda que no se trata de ninguna invasión de las competencias profesionales de Farmacéuticos ni de Médicos y procede la desestimación total de los recursos acumulados que hemos examinado.» (Sentencia de 15 de julio de 1998, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6903.)

## VI. FARMACIA

*Derecho a la continuidad de los herederos. Debe reconocerse al heredero que posee los requisitos exigidos por la norma de Derecho público, al margen de lo que se hubiera establecido al respecto en el testamento.*

«Importa, como siempre, antes de entrar en la temática propia de esta apelación precisar cuáles fueron los actos impugnados ante el Tribunal de instancia. En el caso de autos se trata de un acuerdo de un Colegio Provincial de Farmacéuticos sobre transmisión por herencia de la titularidad de una farmacia, pues al fallecer el farmacéutico anterior podía entenderse tenía derecho a la continuidad al frente del establecimiento una de sus hijas estudiante de Farmacia. Dicho acuerdo se adopta por el Colegio Provincial haciendo constar expresamente que ello se hace sin pronunciamiento ni resolución algunos sobre el patrimonio civil que va anejo a la titularidad de la oficina de farmacia.

Ahora bien, contra este acto, que fue el originariamente dictado, se interpone recurso de alzada ante el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y el citado Consejo estima el recurso y revoca el acto del Colegio Provincial en el sentido de confirmar el acuerdo adoptado por mayoría por los albaceas contadores-partidores de la herencia del farmacéutico fallecido. A tenor de dicho acuerdo debía solicitarse al Colegio Provincial que anulase la posible declaración de continuidad por herencia (solicitada con carácter provisional pero no otorgada por el Colegio Provincial al dictar el acto definitivo) y que se procediera a la venta o traspaso de la farmacia en cuestión, distribuyendo el importe obtenido según las previsiones del testamento.

Fácilmente se alcanza que en vía administrativa actuaron con posiciones e intereses encontrados o contrapuestos la heredera estudiante de Farmacia que aspiraba

a la continuidad, cuya posición mantenía también uno de los albaceas (precisamente el que había quedado en minoría), y las otras dos hijas y herederas, cuyas peticiones coincidían con las formuladas por los demás albaceas que actuaban en defensa de su acuerdo. Fueron estos últimos los que obtuvieron un acuerdo favorable dictado en alzada por el Consejo General de Colegios y confirmado en reposición, y contra este acuerdo la heredera estudiante de Farmacia y el albacea que había quedado en posición minoritaria iniciaron la vía judicial.

En dicha vía el Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirmó el acuerdo del Consejo General de Colegios declarando que no procedía reconocer el derecho a la continuidad en la farmacia, y que por el contrario debía llevarse a cabo la venta del patrimonio civil que la misma implicaba para proceder a su distribución entre las herederas conforme al testamento.

En síntesis, la razón de decidir de la sentencia ahora apelada consistía en que es incorrecto o improcedente interpretar de modo expansivo el derecho a la continuidad en la farmacia, pues aunque este derecho se reconoce por el ordenamiento es en definitiva un privilegio a interpretar restrictivamente, según reiteradas declaraciones jurisprudenciales. Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia declara que es necesario respetar la voluntad del testador y añade en sus Fundamentos de Derecho la consideración de que a tenor del artículo 6.2 del Decreto 909/1978, de 14 abril, que rige la materia, la decisión sobre continuidad en la farmacia de alguno de los herederos, siempre que reúna los requisitos legales, corresponde al conjunto de aquellos herederos como colectivo.

La sentencia de que acaba de darse cuenta se impugna en apelación por la hija del farmacéutico fallecido que se encontraba estudiando Farmacia y pretende ejercer el derecho de continuidad al frente de la oficina, compareciendo como apelado en defensa de su acuerdo el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos. No comparecen, en cambio, en apelación ni las demás herederas ni los albaceas que, como se ha dicho, habían sido parte ante el Tribunal de instancia.

Para resolver sobre la controversia planteada ha de tenerse en cuenta la rigurosa diferencia entre los derechos subjetivos a la continuidad en la farmacia, derechos que son de carácter jurídico-público, y las cuestiones relativas al patrimonio, obviamente de carácter civil, que va anejo a la titularidad de la farmacia, al menos habitualmente, por ser indispensable para el ejercicio de la profesión. Esta rigurosa diferencia ha sido declarada reiteradas veces por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, pudiendo citarse en este sentido, entre otras, la Sentencia de 27 diciembre 1991 (RJ 1992/306) y las recogidas en ella. La mencionada diferenciación implica, desde luego, que no corresponde a esta jurisdicción contencioso-administrativa hacer pronunciamiento alguno sobre el patrimonio civil, debiendo resolver en cambio sobre las cuestiones planteadas a propósito de los derechos públicos subjetivos a la continuidad en la farmacia.

A partir de este planteamiento y refiriéndose ya a ese derecho a la continuidad que consagra el artículo 6.1, apartado a), del Decreto regulador antes citado, hay que poner de manifiesto que el derecho a la continuidad, a interpretar en efecto restrictivamente, no debe ponerse en relación con los derechos sobre el patrimonio civil. Toda vez que, indudablemente, la continuidad al frente de la farmacia se reconoce a aquel de los herederos que estuviese cursando los estudios correspondientes, no es conforme al ordenamiento interpretar de forma extensiva el referido derecho, pero ello ninguna relación guarda con las cuestiones de carácter estrictamente civil ni con el cumplimiento de la voluntad del testador, que puede disponer *mortis causa* de sus bienes pero no, desde luego, del ejercicio de un derecho público subjetivo a la titularidad de la oficina de farmacia, condicionado por una autorización administrativa.

Por último, entiende la Sala que no es correcta la interpretación que se efectúa en los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada en el sentido de que son los herederos en su conjunto quienes han de acordar la continuidad de uno de ellos al

frente del establecimiento. Pues el artículo 6.2 del Decreto 909/1978, de 14 abril, está contemplando los varios supuestos a que se refiere el anterior artículo 6.1 y ello supone que debe distinguirse el caso a que se refiere el artículo 6.1.a), sobre el Derecho a la continuidad, de los demás supuestos en los que ninguno de los herederos puede ejercer tal derecho. En consecuencia, no puede limitarse por los demás el derecho de uno de los herederos a optar por la continuidad al frente de la oficina de farmacia si reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento.

Todo ello conduce a que deba estimarse el recurso de apelación en el sentido de declarar conforme a Derecho el acuerdo del Colegio Provincial revocado en alzada en vía administrativa, el cual, como se ha dicho, reconoce el derecho a la continuidad de la heredera estudiante de farmacia sin hacer pronunciamiento alguno sobre la totalidad de la herencia y sobre el patrimonio civil que la farmacia conlleva.

Este acto administrativo se entiende correcto y sólo sobre su adecuación a derecho debe pronunciarse la jurisdicción, la cual no debe entrar a resolver sobre cuestiones civiles, salvo si tuvieran carácter prejudicial, lo que no sucede en el caso de autos. En consecuencia, ninguna declaración debe hacerse ahora sobre el tema del cumplimiento de la voluntad del testador, extremo éste que no puede utilizarse para resolver sobre cuestiones de Derecho público, aunque no es ocioso destacar que en el caso de autos se desprende además del contenido del testamento que era voluntad del causante que se produjese la continuidad al frente de la oficina de farmacia.

Por todo lo expuesto procede revocar la sentencia apelada por entender conforme a Derecho el acto del Colegio Provincial y reconocer el derecho de la apelante a la continuidad al frente de la oficina de farmacia de que fue titular el causante, si bien resulta obvio como dato fáctico en el que no debe entrarse ahora que los herederos han de llegar a un acuerdo sobre el patrimonio civil que lleva aneja la farmacia.» (*Sentencia de 28 de septiembre de 1998, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 7857.*)

## VII. LENGUA

*Personal al servicio de la Administración de Justicia. Valoración del conocimiento de lenguas oficiales de Comunidades Autónomas en concurso para la provisión de plazas. Requisito razonable y proporcionado. Voto particular.*

«Se impugnan en la demanda los artículos 5.4, 11.4 y 20.4, apartados a) y b), del ROOA y A. Los artículos 5.4 (para Oficiales) y 11.4 (para Auxiliares) previenen, en esencia, que en los concursos para la provisión de plazas por promoción interna, y en las convocatorias territorializadas que se verifiquen en aquellas Comunidades Autónomas que tengan lengua oficial propia (y que hayan recibido los correspondientes trasposos), el conocimiento de la misma se valorará hasta el máximo de seis puntos, según la disposición adicional segunda del Reglamento. La parte recurrente impugna estos preceptos afirmando que, tratándose de un proceso único para todo el territorio nacional, según se desprende de los artículos 315 y 491 de la LOPJ, de la aplicación de las normas impugnadas ha de resultar una situación de desigualdad, ya que los concursantes de las Comunidades cuya única lengua oficial sea el castellano no podrán optar a este grupo de baremación, y el Tribunal único tendrá que elaborar una sola lista de aprobados con personas que han tenido distintas oportunidades, citando asimismo preceptos del propio Reglamento, cuya infracción nunca puede ser causa de la nulidad solicitada. Entendemos que los preceptos impugnados no pueden dar lugar a la desigualdad que la parte recurrente invoca, ya que se refieren exclusivamente, en su ámbito de aplicación, a las "convocatorias te-

rritorializadas”, en aquellas Comunidades Autónomas que tengan lengua oficial propia, esto es, a aquellas convocatorias para puestos de trabajo en la Comunidad Autónoma de que se trate y que sólo han de surtir efecto dentro de dicha Comunidad Autónoma, en la que es necesario exigir como mérito el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad (cfr. art. 471 de la LOPJ). En las convocatorias territorializadas para puestos de trabajo de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia, la diferencia entre quienes conocen esta lengua, que ostentan el mérito correspondiente, y quienes no la conocen, obedece a una justificación objetiva y razonable, proporcionada al fin de la norma, puesto que el servicio de estos puestos de trabajo dentro de la Comunidad Autónoma (únicos a los que se refiere la convocatoria territorializada) se verá beneficiado por el conocimiento de la lengua cooficial propia. En las convocatorias que no afecten a puestos de trabajo de una Comunidad Autónoma con lengua oficial propia no hay desigualdad ni discriminación alguna, ya que respecto a ellas no tiene aplicación el mérito que regulan los artículos 5.4 y 11.4 impugnados. Por otra parte, las normas combatidas tienen su cobertura legal en los artículos 471 y 491.2 de la LOPJ. El artículo 471, aplicable a todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, establece que en los concursos para la provisión de plazas en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas que tengan una lengua oficial propia, se valorará como mérito el conocimiento de ésta en los términos que se establecerán reglamentariamente. El artículo 491.2 (aplicable a Oficiales, Auxiliares y Agentes) previene que, de conformidad con lo establecido en el artículo 315 de la propia Ley Orgánica, la convocatoria para las pruebas de selección y perfeccionamiento podrá ser territorializada, y el aspirante deberá optar por uno de los ámbitos territoriales que exprese la convocatoria y, de resultar aprobado, será destinado obligatoriamente a alguna de las vacantes radicadas en el mismo. En conclusión, la valoración como mérito del conocimiento de la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, en los concursos para la provisión de plazas de Oficiales y de Auxiliares por el turno de promoción interna en concurso restringido, que tiene su ámbito de aplicación exclusivamente en las convocatorias territorializadas, esto es, limitadas a puestos de trabajo de la Comunidad Autónoma, ni vulnera el principio de igualdad, por limitar su eficacia a los puestos de la Comunidad Autónoma, en que es lógico y resulta obligado que se exija como mérito el conocimiento de la lengua cooficial propia, ni se opone a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, preceptos que le proporcionan la cobertura legal necesaria (arts. 471 y 491.2 antes mencionados). La impugnación de los artículos 5.4 y 11.4 del Reglamento Orgánico no puede prosperar. Por lo que concierne al artículo 20.4, entiende la parte recurrente que el mérito de conocimiento de la lengua oficial autonómica, en el turno libre, sólo tendrá efecto para la adjudicación de destino dentro de la Comunidad Autónoma correspondiente, afirmando que si en la promoción interna tuviera los mismos efectos no se produciría agravio comparativo, con cita del artículo 23 de la Constitución. La impugnación carece de un mínimo fundamento, en cuanto el apartado b) del artículo 20.4 previene que el mérito (que sólo tiene asignada la referida cualidad de “mérito”) que reconoce en el turno de promoción interna sólo será aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma, con lo que los efectos son equivalentes en los dos supuestos (turno libre y turno de promoción interna). Las impugnaciones que han sido examinadas en este fundamento de derecho deben ser desestimadas.

Se impugna en la demanda el artículo 54.9 del ROOA y A, que, en los concursos para la provisión de plazas en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas que tengan una lengua oficial propia, atribuye al conocimiento oral o escrito de dicha lengua el reconocimiento, a estos solos efectos, de hasta seis puntos, dependiendo del nivel de conocimiento de la lengua en los términos establecidos en la disposición adicional segunda del propio Reglamento. Afirma la parte recurrente que la LOPJ establece como sistema general para la provisión de vacantes en concursos de traslado el de atender a la antigüedad (art. 494.2), admitiendo en el artículo 471 que, en los concursos para la provisión de plazas en el territorio de aquellas Comu-

nidades Autónomas que tengan una lengua oficial propia, se valore como mérito el conocimiento de ésta en los términos que se establezcan reglamentariamente. Con cita de las Sentencias de esta Sala de 29 abril y 7 noviembre 1995 (RJ 1995/3478 y RJ 1995/8131) se añade que la valoración del mérito resulta desproporcionada, tomando en cuenta que el mayor número de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia accedió a sus respectivos Cuerpos en los últimos siete u ocho años, coincidiendo con el desarrollo de la Ley de Planta. Tampoco podemos aceptar esta impugnación. Las Sentencias de 29 abril 1995, relativa a los concursos de traslado entre Jueces y Magistrados, y la de 7 noviembre del mismo año, referente a los Secretarios Judiciales, rechazaron que el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma pudiese valorarse como mérito equivalente a seis años de antigüedad, sin otra matización. El artículo 54.9 que se combate no contiene una regla dotada de la misma rigidez. El mérito de conocimiento de la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma ha de valorarse con un máximo de seis puntos (que equivalen a seis años de servicios, ya que el apartado anterior del precepto asigna un punto por año completo de servicios). Pero esta valoración es la máxima a alcanzar, puesto que la disposición adicional segunda del Reglamento establece una graduación del mérito que nos ocupa de dos puntos, cuatro puntos o seis puntos, según el nivel de conocimiento de la lengua de que se trate, graduación que impide que podamos considerar que la asignación al mérito en cuestión de seis puntos en todos los casos supone hacer de dicho mérito el determinante de la adjudicación de la plaza en la mayoría de los supuestos. El artículo 54.9 y la disposición adicional segunda del Reglamento, al graduar la valoración del mérito que se discute, se ajustan a lo prevenido en el artículo 471 de la LOPJ y, por tanto, la impugnación que de ellos se realiza debe ser desestimada.»

#### VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. Ramón Trillo Torres y D. Vicente Conde Martín de Hijas a la Sentencia de 13 abril 1998, dictada en el Recurso núm. 353/1996.

En ejercicio del derecho establecido en el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nos vemos precisados a formular voto particular, exponiendo las razones que, a nuestro juicio, deberían haber fundando la estimación parcial del recurso.

En tal sentido aceptamos la relación de antecedentes de hechos y fundamentos de derecho del voto mayoritario, salvo los números cuarto y undécimo, que en nuestro criterio deberían ser como siguen:

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Se impugnan en la demanda los artículos 5.4, 11.4 y 20.4, apartados *a*) y *b*) del ROOA y A. Los artículos 5.4 (para Oficiales) y 11.4 (para Auxiliares) previenen, en esencia, que en los concursos para la provisión de plazas por promoción interna, y en las convocatorias territorializadas que se verifiquen en aquellas Comunidades Autónomas que tengan lengua oficial propia (y que hayan recibido los correspondientes traspasos), el conocimiento de la misma se valorará hasta el máximo de seis puntos, según la disposición adicional segunda del Reglamento.

La parte recurrente impugna estos preceptos afirmando que, tratándose de un proceso único para todo el territorio nacional, según se desprende de los artículos 315 y 491 de la LOPJ, de la aplicación de las normas impugnadas ha de resultar una situación de desigualdad, ya que los concursantes de las Comunidades cuya única lengua oficial sea el castellano no podrán optar a este grupo de baremación, y el Tribunal único tendrá que elaborar una sola lista de aprobados con personas que

han tenido distintas oportunidades, citando asimismo preceptos del propio Reglamento, cuya infracción nunca puede ser causa de la nulidad solicitada.

La impugnación de los preceptos citados guarda íntima relación, según se razonará más adelante, con la del artículo 54.9, pues la valoración cuantitativa del mérito del idioma oficial propio, distinto del Castellano, en los concursos para la provisión de plazas en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas que lo tengan propio, influye sin duda en la solución que deba darse a la de los artículos 5.4 y 11.4, si la clave para ésta se sitúa, como haremos de inmediato, en el elemento de provisión de plazas, que, junto con el de ingreso en un Cuerpo Nacional, tiene la promoción interna mediante el concurso restringido, cuando éste tiene lugar en convocatorias territorializadas.

El hecho de que pueda ser aceptable, en una exclusiva ponderación cualitativa, el principio a que responden los artículos 5.4 y 11.4, al otorgar una especial valoración al mérito del conocimiento del idioma, es compatible con el posible rechazo de la valoración cuantitativa máxima, establecida en esos artículos, si tal valoración se considera excesiva.

Se justifica así que el análisis de la legalidad de los artículos 5.4 y 11.4 no pueda aislarse del análisis de la legalidad del artículo 54.9. En otros términos, sólo si se estima aceptable la valoración máxima del mérito del conocimiento del idioma oficial propio de las Comunidades Autónomas, que lo tienen distinto del Castellano, en los concursos para la provisión de plazas del territorio de dichas Comunidades, puede considerarse aceptable la puntuación máxima para el ingreso en los Cuerpos Nacionales de Oficiales y Auxiliares, mediante el sistema de promoción interna en convocatorias territorializadas, en las que la provisión de las plazas de los distintos ámbitos de la territorialización es el factor relevante.

El planteamiento precedente obliga así a la diferenciación de un doble plano de análisis: el primero, de carácter genérico, centrado en el examen de si en las convocatorias territorializadas de los concursos restringidos de promoción interna es admisible, desde un punto de vista cualitativo, la consideración del conocimiento del idioma oficial propio de la Comunidad Autónoma, distinto del Castellano, como mérito especial; y el segundo, si aun respondiendo afirmativamente al interrogante anterior, en una ponderación cuantitativa de la puntuación máxima establecida en dichos preceptos, tal puntuación es admisible.

La tacha de desigualdad que la recurrente opone a los artículos 5.4 y 11.4, en los términos que al principio se enunciaron, no la consideramos íntegramente compatible, pues consideramos, por el contrario, conforme a derecho y no lesivo de la igualdad, que en el puro plano de análisis cualitativo, de los dos que acabamos de plantear, se atribuya una especial valoración al conocimiento del idioma.

Al respecto hemos de empezar observando que los artículos 5.4 y 11.4 tienen directa cobertura en los artículos 471 y 491.2 de la LOPJ.

En principio podría entenderse que, refiriéndose el artículo 471 sólo a los concursos para la provisión de plazas, no prestaría cobertura a unas normas, como las impugnadas (arts. 5.4 y 11.4), que regulan el ingreso en sendos cuerpos (el de Oficiales —el art. 5.4— y el de Auxiliares —el art. 11.4—) de carácter nacional (art. 451.2 LOPJ), si se entiende que ese ingreso es un fenómeno jurídico, que excede del de la mera provisión de plazas, y que, en realidad, antecede a ésta.

En sí mismo entendido, y aisladamente considerado, el artículo 471 de la LOPJ no puede ser título legal de habilitación de unas normas reglamentarias que, como los artículos 5.4 y 11.4, se refieren al ingreso en cuerpos nacionales.

Ocurre, sin embargo, que las convocatorias territorializadas de promoción interna en concurso restringido suponen una conjunción de los artículos 471 y 491.2 de la LOPJ, conjunción con la que se establece el título legal de habilitación de los preceptos reglamentarios discutidos, al tiempo que se sientan las bases adecuadas para poder rechazar (en el plano meramente cualitativo en el que, por ahora, nos movemos) la imputación de desigualdad.

El artículo 491.2 de la LOPJ permite las convocatorias territorializadas, siendo



una consecuencia inmediata de la territorialización el que los momentos, jurídicamente distintos, de ingreso en los Cuerpos nacionales y de provisión de plazas se aproximan, hasta fundirse prácticamente en uno solo, pudiendo ya operar en esa fusión el artículo 471 LOPJ, como título legal de habilitación al Reglamento para la valoración como mérito del conocimiento del idioma.

En la territorialización regulada en el artículo 391.2 LOPJ debe destacarse un doble factor, que es de especial relevancia para la solución del problema que analizamos: primero, que la territorialización determina que “se agrupen las vacantes de uno o varios territorios”; y segundo, que “el aspirante deberá optar por uno de los ámbitos territoriales que exprese la convocatoria, y de resultar aprobado, será destinado obligatoriamente a alguna de las vacantes radicadas en el mismo”.

Esa necesaria opción determina una consecuencia trascendental: el que aunque el ingreso lo sea a un Cuerpo Nacional y la prueba de selección sea única, a resolver por un Tribunal asimismo único (art. 7 del RD impugnado), en realidad las vías de ingreso se diversifican por el hecho de la territorialización, al tiempo que ésta determina una inmediata fusión entre los fenómenos del ingreso en el Cuerpo y de provisión de las plazas, volatilizándose el ingrediente de abstracción del ingreso en el Cuerpo, y prevaleciendo el de provisión de la plaza, pues aquel ingreso de antemano está preordenado a la provisión de las plazas de un determinado ámbito. Es precisamente la primacía real del elemento de la provisión de las plazas en la fusión jurídica de los artículos 471 y 491.2 LOPJ, lo que permite, y justifica, que la provisión del primero pueda desplegar su virtualidad en las convocatorias territorializadas.

El riesgo de desigualdad por la aplicación de baremos distintos en los distintos ámbitos territorializados se desvanece, si se advierte que la propia territorialización determina un efecto diversificador de los cauces de ingreso, como se adelantó.

Es presupuesto de la desigualdad, en los términos en los que los plantea la recurrente, la concurrencia de los concursantes; pero por principio la territorialización, según se ha explicado, elimina la posibilidad de esa concurrencia, pues los diversos ámbitos de territorialización, dada la necesaria opción de los concursantes por uno de ellos, acotan espacios estancos, rigiendo en cada uno de ellos el mismo baremo. El mérito especial del idioma en los ámbitos en donde no opere, no puede determinar una posición de ventaja o desventaja entre los concursantes concurrentes en él, en relación con los que concursan en un ámbito en el que sí opere ese mérito especial, pues uno y otros no concurren en el ingreso.

Podría pensarse que la concurrencia posible, si no en el cauce diversificado de ingreso, puede darse en el espacio común del Cuerpo único al que se accede a través de los distintos cauces. Mas en esa concurrencia el mérito del idioma no opera (lo que sería de todo punto inadmisibile, si la ventaja del idioma razonable en un ámbito determinado, se proyectase fuera de él, en donde deja de serlo), pues lo impiden el artículo 20.4.b) *in fine* del Reglamento (“... y sólo será aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma”) y el artículo 106 (“Los méritos y baremaciones que hayan de surtir efectos exclusivos en aquellas Comunidades Autónomas que hayan recibido los trasposos de medios personales para el funcionamiento de la Administración de Justicia, serán recogidos, a estos efectos, en uno de los correspondientes subescalafones”).

Si se tiene en cuenta la valoración de méritos establecida en los baremos de los artículos 5.2 y 11.2 del Reglamento (entre los que, por cierto, se establece, como tal, el conocimiento de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas, junto con el de las extranjeras, provisión y valoración que estimamos razonable) se observa que tales baremos constituyen un mínimo común denominador en todos los ámbitos afectados por la territorialización, siendo elemento común de referencia desde la perspectiva abstracta y unitaria del ingreso en los Cuerpos nacionales únicos.

A ese mínimo común denominador se le adiciona en las Comunidades con lengua oficial propia, distinta del castellano, la valoración como mérito especial del conocimiento de aquélla. Mas debe observarse que ese mérito no sustituye a ninguno de los que integran el citado mínimo común denominador (que en ese caso no se

daría, y lo que sería inaceptable), sino que se adiciona a él. Ello supone que a la hora de establecer posibles comparaciones entre la carga de méritos necesarios para ingresar en el cuerpo común a través de los distintos ámbitos territoriales en los que no opera como mérito especial cualificado el del conocimiento de un idioma oficial de Comunidad Autónoma, distinto del castellano, puede ingresarse con sólo los méritos del baremo común; mientras que en los ámbitos en que opera aquel mérito especial, pueden ser precisos, además de los méritos del baremo común, los del específico de ese ámbito territorial, en el que se incluye el del idioma. En otros términos, desde el plano comparativo del Cuerpo único común lo expuesto supone que puede ingresarse en él con menor puntuación en los ámbitos territoriales en que no existe mérito de un idioma oficial, distinto del castellano, especialmente valorable; mientras que en los ámbitos territoriales en los que sí opere ese mérito especialmente cualificado, la puntuación necesaria para el ingreso puede tener que ser mayor.

Si al propio tiempo se recuerda que el conocimiento del idioma, en cuanto mérito especial, no opera después en el escalafón común único, dado lo dispuesto en los artículos 20.4 y 106 del Reglamento, se llega a la conclusión de que ninguna desventaja se produce por el cómputo del idioma en unos ámbitos, para los que ingresan por otros ámbitos distintos.

Limitada la funcionalidad del mérito especial discutido a sólo el ámbito de las Comunidades Autónomas con idioma oficial propio, el hecho de que en ese ámbito se considere como mérito el conocimiento del idioma para la provisión de las plazas del mismo (que es, no se olvide, ingrediente especial del fenómeno de la territorialización), tiene cobertura legal en el artículo 471 de la LOPJ, y no lesiona el principio de igualdad, pues dentro de ese limitado ámbito es razonable que se valore especialmente el conocimiento del idioma, como mérito.

La comparación entre el que lo reúne y el que no, no pueda presentarse como factor de desigualdad, pues todo mérito determina un trato diferencial entre los que lo tienen y los que carecen de él, siendo un factor de diferenciación perfectamente objetivo, razonable y adecuado a un fin perfectamente legal.

Así pues, la valoración especial del idioma, al no proyectarse fuera del ámbito en el que se computa, no puede generar situación alguna de desigualdad para los situados fuera de él (tanto en el momento del ingreso común como en la ulterior dinámica de las carreras).

Acotada su funcionalidad a sólo el ámbito en el que opera la valoración del idioma como mérito especialmente cualificado, es llegado el momento de determinar si resulta proporcionada la valoración máxima posible de ese mérito, pues en definitiva, como tal, se erige en factor de diferencia de trato entre los concurrentes al ingreso (arts. 5.4 y 11.4) o a la provisión de plazas (art. 54.9) en ese ámbito.

Sobre el particular nos encontramos con que esa cuestión de pura ponderación cuantitativa, ha sido objeto de dos Sentencias de este Tribunal, las de 29 abril 1995 (RJ 1995, 3478) y 7 noviembre 1995 (RJ 1995, 8131), respectivamente referidas a los Jueces (impugnación del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 octubre 1991) y a los Secretarios Judiciales (impugnación del art. 33.7 de su Reglamento Orgánico), que anularon, por vulneración del principio de igualdad, los preceptos recurridos en los que, a efectos de la provisión de plazas en los territorios con idioma oficial propio, establecía la posibilidad de atribuir hasta seis años de antigüedad en el escalafón a los que acreditaran el conocimiento del idioma.

Si se advierte, como hace ya la Sentencia de 7 noviembre 1996, que la atribución de seis años más de antigüedad en el escalafón, a los efectos referidos, equivalía a la atribución de seis puntos en el baremo del concurso, desde el momento en que cada año de antigüedad se valoraba con un punto, es claro que la atribución de seis puntos por el conocimiento del idioma, se consideraba desproporcionada en ambas sentencias, implícitamente en la primera y explícitamente en la segunda.

Con este reiterado precedente jurisprudencial, estimamos que la argumentación que se desarrolla en el fundamento undécimo de la sentencia es insuficiente para

aceptar que lo que consideramos desproporcionado para los Jueces y Secretarios, se convierta en razonable manifestación de lo dispuesto en la Ley para los Oficiales, Auxiliares y Agentes.

Se nos viene a decir que la diferencia radica en la rigidez de la valoración del mérito en los casos resueltos por las citadas sentencias, cifrado siempre en seis años de antigüedad (equivalentes a seis puntos, según lo explicado antes) y la mayor flexibilidad de los artículos aquí impugnados, según los cuales los seis puntos son sólo el máximo posible, previéndose por debajo de esa cifra, según el grado de conocimiento del idioma, la puntuación de cuatro o de dos.

Creemos que este argumento carece de relevancia, porque en ninguno de los antecedentes jurisprudenciales mencionados se hizo cuestión de que el valorar como mérito el conocimiento del idioma cooficial de una Comunidad Autónoma, la referencia reglamentaria era a un conocimiento pleno, apto para utilizarlo en el ejercicio de la función, sin que se haya aludido a que los seis puntos pudieran otorgarse a quien se encontrase en una fase inicial o intermedia de aprendizaje del idioma y que por eso no se consideren adaptados al principio de igualdad en la ponderación como mérito para la provisión de destinos. Por el contrario, tanto una como otra sentencia son claras y contundentes al afirmar el exceso de decisión atribuido al idioma oficial de las Comunidades Autónomas en la resolución de los concursos para la provisión de vacantes, de reconocerle una puntuación de seis, sin hacer reserva alguna respecto a una eventual clasificación por niveles de conocimiento.

Naturalmente, si éste es el antecedente jurisprudencial para las provisiones de destinos, lógicamente, puesto que a la valoración del idioma en los casos de promoción interna se le encuentra la misma justificación legal (el art. 471 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), también respecto a ellos cabe predicar la desproporción que supone la concesión de seis puntos al pleno conocimiento del idioma cooficial de la correspondiente Comunidad.

Sobre este particular debemos significar que —aunque como hemos dicho— al hacerse la promoción interna en forma territorializada, el mérito del idioma aparece justificado porque la promoción lleva a proveer plazas solamente del respectivo territorio, sin embargo esto no puede hacer olvidar que los Cuerpos concernidos por la promoción son Cuerpos Nacionales, respecto de los cuales lo que garantiza el Estado es que sus componentes son idóneos para desempeñar las funciones que tienen encomendadas, las cuales tienen una dimensión objetiva, definida legalmente en los artículos 485, 486 y 487 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con independencia de que se sepan o no realizar en alguno de los idiomas autonómicos. Esto no obsta a que la propia Ley facilite y promueva, como elemento anejo, que aquellos que vayan a ser destinados a Comunidades con lengua propia, puedan hacer valer este mérito, pero siempre atendiendo a que la sustancia y razón de ser de su pertenencia a los Cuerpos Nacionales al servicio de la Administración de Justicia radica en que han acreditado que son aptos para realizar las funciones que tienen atribuidas por la Ley.

En este sentido se puede concluir, respecto a los concursos de promoción interna, que la Ley Orgánica del Poder Judicial, al fijar unos determinados años de antigüedad de servicios para promocionar del Cuerpo de Auxiliares al de Oficiales (art. 492, cinco años) y del de Agentes Judiciales al de Auxiliares (art. 493, tres años) nos dota de un parámetro de proporcionalidad que sirve para fijar un límite a la posibilidad de cuantificar el valor que no es procedente que rebase el mérito de conocer una lengua autónoma, en el supuesto de que la promoción territorializada se pretenda superar eligiendo alguna de las Comunidades con lengua propia. En efecto, si lo sustancial es la aptitud para desempeñar las funciones propias del Cuerpo al que el funcionario aspira a integrarse por vía de promoción interna y la Ley dispone que sólo a partir de un determinado número de años de antigüedad aquél está en condiciones de ser promocionado, la conclusión lógica es que el elemento accidental de conocimiento de la lengua de la Comunidad, que sólo acredita una más fácil e integrada prestación del servicio en el ámbito territorial de ésta, en ningún caso exceda

de aquella condición mínima —cinco o tres años, según los casos— a partir de la cual el Estado entiende que concurren las circunstancias inexcusables para afirmar que el Auxiliar o el Agente Judicial han adquirido la experiencia precisa para participar en las pruebas de promoción interna.» (*Sentencia de 13 de abril de 1998, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4614.*)

## VIII. PROCEDIMIENTO

*Informes preceptivos y vinculantes. Ascensos en la carrera fiscal. Facultad del Fiscal General del Estado de proponer al Gobierno el ascenso conforme a los Informes del Consejo Fiscal.*

«Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Real Decreto 814/1997, de 30 mayo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala al Excmo. Sr. D. Eduardo F. B. y se le nombra Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional postulándose por la representación procesal de la Asociación actora, en su demanda, la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la anulación del Real Decreto impugnado, por estimar que el procedimiento seguido está viciado al haberse propuesto por el Fiscal General del Estado al Gobierno, según lo dispuesto por los artículos 13, 34, 35, 36, 37.1 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 diciembre 1981, para el ascenso a la categoría primera, como Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, a quien no había sido declarado idóneo por el Consejo Fiscal en el preceptivo informe, requisito éste imprescindible, conforme a lo dispuesto por los artículos 13.segunda, 14.1.d) y 36.1 del referido Estatuto, para que la propuesta del Fiscal General del Estado al Consejo de Ministros pueda considerarse válida, ya que el citado artículo 13 del Estatuto establece la facultad de aquél de proponer al Gobierno los ascensos conforme a los informes del Consejo Fiscal, entre cuyas competencias está la de elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal —art. 14.1.d) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal—, encontrando esta exigencia de conformidad su plena justificación en la relevancia que el principio de legalidad en la actuación del Ministerio Fiscal tiene frente a los de unidad y dependencia, habida cuenta el debilitamiento actual de éstos, además de la propia naturaleza que su vigente Estatuto Orgánico confiere al Consejo Fiscal, dada su composición y la representatividad de sus miembros, lo que garantiza la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

A tal pretensión y planteamiento se oponen tanto el Abogado del Estado como el funcionario promovido a la expresada categoría de Fiscal de Sala por considerar que el informe requerido por aplicación concordada de los artículos 13 y 14 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no vincula la propuesta que el Fiscal General ha de hacer al Gobierno según lo establecido por el artículo 36 del propio Estatuto.

El Abogado del Estado alega que la expresión “conforme”, empleada por el artículo 13.segunda del mencionado Estatuto, ha de ser interpretada de modo sistemático y finalista al objeto de conocer su auténtico significado y alcance, de cuya interpretación se deduce que carece del carácter de vinculante y, por consiguiente, no condiciona la propuesta hecha por el Fiscal General del Estado, ya que, al definir el artículo 14 las competencias del Consejo Fiscal, sólo alude a la elaboración de los informes para los ascensos, sin precisar que tales informes sean vinculantes, por lo que carecen de este carácter, ya que tanto el artículo 85.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 como el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecen que, salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes, mientras que cuando el propio Estatuto ha

otorgado carácter vinculante a los informes del Consejo Fiscal así lo ha declarado expresamente, como sucede en los traslados forzosos (art. 40) o en la sanción de separación del servicio (art. 67.3), usando la expresión de "previo informe favorable", oponiéndose al carácter vinculante de los informes para ascensos de categoría, que elabora el Consejo Fiscal, los principios, que rigen la organización del Ministerio Fiscal, de unidad y dependencia jerárquica, al ser el Fiscal General del Estado, según el artículo 22.2 del Estatuto Orgánico, quien ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español, a quien corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la Institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal, mientras que el Consejo Fiscal es un órgano de asistencia del Fiscal General del Estado, que, como tal, no puede obstaculizar ni condicionar el ejercicio de las facultades o atribuciones que al Fiscal General del Estado atribuye el propio Estatuto, entre las que se encuentra la proposición al Gobierno de los ascensos de categoría en la Carrera Fiscal, lo que explica que los artículos 3.4.º y 4.1.º del Real Decreto 437/1983, de 9 febrero, por el que se regula la constitución y el funcionamiento del Consejo Fiscal, mencionen entre las competencias del Pleno y de la Comisión Permanente del Consejo Fiscal respectivamente la de "ser oído..., para el ascenso de los miembros de la Carrera Fiscal que no sean automáticos y reglados" y de "elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal que se rijan por criterios reglados". Es decir, la norma reglamentaria de aplicación —de plena vigencia y no impugnada tampoco en los presentes autos— asigna claramente al informe de que tratamos carácter simplemente preceptivo, no vinculante.

Por su parte, el funcionario ascendido a la categoría de Fiscal de Sala, comparecido como codemandado, aduce, después de reiterar argumentos ya esgrimidos por el Abogado del Estado, que la tesis de la Asociación demandante no es conforme a la interpretación sistemática de los preceptos del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, porque, al ser facultad del Fiscal General del Estado proponer al Gobierno los nombramientos para los distintos cargos, sin más trámite que el previo informe del Consejo Fiscal —arts. 13.primer a y 14.1.c) del Estatuto Orgánico—, no cabe considerar vinculante el informe de dicho Consejo Fiscal para los ascensos, ya que, en ocasiones, como en el caso enjuiciado, el nombramiento viene condicionado por el ascenso, de manera que, al impedirse éste por el pretendido carácter vinculante del informe para los ascensos de categoría, se estaría vetando también la facultad de proponer el nombramiento para el cargo, lo que constituye una evidente contradicción y no responde a la finalidad que la ley pretende con los informes previos del Consejo Fiscal y con las propuestas del Fiscal General del Estado ni se corresponde con la naturaleza de uno y otro órgano del Ministerio Fiscal, el primero de mera asistencia y el segundo de dirección.

Antes de entrar en el examen de la legalidad o ilegalidad del Real Decreto impugnado, debemos relatar los trámites seguidos hasta su aprobación y publicación.

Según se deduce de las pruebas aportadas (acta del Pleno del Consejo Fiscal de fecha 27 de mayo de 1997), convocado el Pleno del Consejo Fiscal para, entre otras cuestiones, informar al Fiscal General del Estado acerca de la idoneidad de tres candidatos para el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, el Fiscal General propuso comenzar el debate por la cuestión de idoneidad para el ascenso, por lo que cada uno de los miembros de dicho Consejo se pronunció acerca de las razones y argumentos por los que consideraba que ninguno de los tres candidatos reunía las condiciones requeridas para el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional ni para el ascenso a la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo.

En síntesis, las razones expresadas por los miembros de dicho Consejo para rechazar la candidatura del codemandado don Eduardo F. B. se centran en la tramitación de un expediente sancionador contra éste por la ocultación de una prueba pericial, y en su comportamiento con su Jefe y colegas de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, desleal con el primero y discriminatorio con los segundos, sin que sea

idóneo para el puesto por haber sido uno de los factores desencadenantes de la situación (*sic*), y, dado que el principio de unidad está arraigado en la Carrera Fiscal, las actuaciones, como la del candidato don Eduardo F., producen rechazo, pero, si no fuese por esta objeción, uno de los miembros del Consejo lo considerara un buen candidato y otro señala que sobrepasa el listón del ascenso por sus valores personales y profesionales, aunque no cabe desligar su ascenso a Fiscal de Sala del destino concreto de que se trata, de manera que, a pesar de ser notoria su preparación técnica, la objeción a su nombramiento como Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional está en el citado expediente disciplinario y, sobre todo, en el hecho de haber estado inmerso en el conflicto que produjo la renovación del anterior Fiscal Jefe, lo que haría difícilmente comprensible que resultase promocionado para ocupar esa jefatura, y, una vez finalizada tal deliberación, se procedió seguidamente a la votación secreta sobre la idoneidad de los tres candidatos para el ascenso a la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, en la que don Eduardo F. B. no obtuvo ningún voto a favor, sin que hubiese emitido el suyo el Fiscal General del Estado, reanudándose posteriormente la sesión, momento en que, a petición expresa del propio Fiscal General, se sometió a votación secreta el nombramiento para el cargo de Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, sin que hiciese uso, al igual que en la anterior, de su derecho a voto el Fiscal General, en la que el señor F. B. tampoco obtuvo voto alguno a su favor, y preguntado el Fiscal General del Estado por algunos miembros del Consejo acerca de su proceder, a la vista de los resultados por no haber sido declarado idóneo ninguno de los tres candidatos, manifestó que tenía que reflexionar y que se reservaba su opinión.

Emitida, con fecha 28 de mayo de 1997, certificación por el Secretario del Consejo Fiscal, en la que se hace constar que, en la reunión del Pleno del Consejo Fiscal del día 27 de mayo de 1997, don Eduardo F. B. no obtuvo ningún voto a su favor en cuanto a su idoneidad para el ascenso a Fiscal de Sala, con once votos en contra, y tampoco obtuvo voto alguno en su favor para el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional con cinco votos en contra, el Fiscal General del Estado, con fecha 29 de mayo de 1997 (por error se dice 1977), remitió un informe a la Ministra de Justicia en el que proponía al Gobierno de la Nación el ascenso a la primera categoría de la Carrera Fiscal de don Eduardo F. B. y su nombramiento como Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y en el que argumentaba extensamente acerca del carácter no vinculante del informe del Consejo Fiscal para las propuestas que, sobre los ascensos de categoría, debe elevar al Gobierno el Fiscal General del Estado, señalando en el último apartado de los fundamentos jurídicos de dicho informe que, en su opinión, "los informes sobre ascensos y nombramientos no han de consistir en un escueto parecer favorable o desfavorable al ascenso, a modo de veredictos o partes dispositivas de una resolución, sino en exposiciones de datos y circunstancias que manifiesten el historial profesional del candidato, así como la concurrencia, o no, de los requisitos legales y los demás elementos de juicio relevantes para la finalidad legalmente asignada al procedimiento en que haya de emitirse el informe. Así lo exigen la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 de la Constitución) y otros principios jurídicos, que no son únicamente los de legalidad e imparcialidad —indefectibles en la actuación del Ministerio Fiscal—, sino, además, los de mérito y capacidad, establecidos en el artículo 103.3 del Texto Constitucional. Los elementos de juicio que acaban de decirse son los que necesariamente ha de tomar en consideración el Fiscal General del Estado o, lo que es igual, esos elementos son aquellos conforme a los cuales debe el Fiscal General del Estado formular sus propuestas. Así lo ha hecho respecto de cuanto, en el sentido y con el contenido indicados, se puso de manifiesto en la antes citada sesión del Consejo Fiscal", a cuyo informe se adjunta el historial profesional de don Eduardo F. B., en el que basa su propuesta.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 30 de mayo de 1997, prestó su conformidad a la propuesta formulada por el Fiscal General del Estado a través de la Ministra de Justicia, y promovió a la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Su-

premo a don Eduardo F. B., quien pasaría a desempeñar el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, cuyo Real Decreto de promoción de categoría de Fiscal de Sala y de nombramiento como Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional se publicó en el "Boletín Oficial del Estado" del día 31 de mayo de 1997.

La primera cuestión que hemos de examinar se centra en si las deliberaciones y ulterior votación del Consejo Fiscal, acerca de la idoneidad del candidato propuesto para el ascenso por el Fiscal General del Estado al Gobierno, han de considerarse suficientes para satisfacer la exigencia del informe previo, a que se refieren los artículos 13.primer a y segunda, y 14.1.c) y d) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Formalmente, la deliberación y subsiguiente votación no constituyen un informe en sentido estricto, pero no cabe duda que permitieron al Fiscal General del Estado conocer las razones por las que los miembros del Consejo Fiscal consideraban idóneo para el ascenso y para el cargo a dicho candidato, y, por consiguiente, se ha de estimar cumplido el requisito previo a la propuesta del Fiscal General del Estado.

Cuestión distinta es la de si tales deliberaciones versaron sobre la concurrencia o no en los candidatos de los requisitos legales y criterios objetivos para el ascenso y el desempeño del cargo o bien se ciñeron exclusivamente a razones de oportunidad y conveniencia.

En las deliberaciones se da por supuesto que el candidato, después propuesto al Gobierno por el Fiscal General del Estado, reunía los requisitos previstos por el Estatuto Orgánico para ser promovido a la categoría primera de la Carrera Fiscal, y no sólo éstos, sino que se llega a poner especial énfasis en la gran preparación técnica del mismo y a considerar que, por sus valores personales y profesionales, merecería el ascenso, aunque no se debe separar éste del destino concreto de que se trata, por lo que, en definitiva, los argumentos para no considerarlo idóneo para el ascenso a Fiscal de Sala se circunscriben a su comportamiento con su Jefe inmediato anterior, por su falta de lealtad, y con sus colegas, por su trato discriminatorio, así como a los hechos que habían determinado la incoación del expediente sancionador a que estaba sometido, consistentes, al parecer, en la ocultación de un informe pericial.

Ningún obstáculo reglado ni impedimento objetivo para el ascenso, no así para el cargo o destino, se hizo al candidato promovido a la categoría de Fiscal de Sala, ya que todas las objeciones se inspiraban en razones de oportunidad y se referían principalmente a su inidoneidad para el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, para cuya propuesta no cabe duda de que el informe del Consejo Fiscal no es vinculante.

Es cierto, sin embargo, que la decisión del Consejo Fiscal fue la de no considerar idóneo para el ascenso al candidato propuesto por el Fiscal General, después promovido por el Real Decreto impugnado a la primera categoría de la Carrera Fiscal, si bien por motivos no reglados.

El precepto contenido en el artículo 13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece, entre las facultades del Fiscal General del Estado, la de "proponer al Gobierno los ascensos conforme a los informes del Consejo Fiscal", lo que nos obliga a interpretar el significado, alcance y naturaleza de este informe "conforme" al cual el Fiscal General del Estado ha de formular la propuesta de ascenso al Gobierno.

Según el artículo 3 del Código Civil, repetidamente invocado por las partes litigantes en apoyo de sus tesis discrepantes, "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", de manera que el sentido de la expresión "conforme", empleado por el precepto, ha de interpretarse en relación con el contexto, que, en este caso, no es otro que el sistema orgánico y funcional del Ministerio Fiscal configurado por el propio Estatuto.

Es evidente que semánticamente el significado de la palabra "conforme" incorpora los conceptos "de acuerdo", "según" y "como", que no son unívocos porque lo

mismo sugieren la idea de adaptación y asentimiento que la de desarrollo simultáneo, aunque, dado que el precepto en cuestión sirve para relacionar la propuesta del Fiscal General del Estado con los informes del Consejo Fiscal, se puede convenir que su significado sea el indicado de adaptación, pero tal interpretación semántica no basta para conocer con exactitud el carácter vinculante o no del informe, la verdadera *mens legis* de la norma, ya que hemos de situarla en su contexto y tener en cuenta los antecedentes legislativos, así como el espíritu y finalidad que la anima.

La interpretación sistemática nos obliga a examinar los demás preceptos del Estatuto, que configuran los órganos del Ministerio Fiscal y determinan sus funciones.

El Ministerio Fiscal, por imperativo constitucional (art. 124.2 de la Constitución) se rige, orgánicamente, por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y, funcionalmente, por los principios de legalidad e imparcialidad (art. 2 de su Estatuto Orgánico), de manera que el Fiscal General del Estado, único órgano constitucional del Ministerio Fiscal (art. 124.4 de la Constitución), ostenta, según el artículo 22.2 del Estatuto Orgánico, la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y a él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la Institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal, mientras que el Consejo Fiscal se configura como un Órgano de asistencia y asesoramiento del Fiscal General del Estado (arts. 13 y 14 del Estatuto), que elabora los criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos, y al que, además, se le atribuye expresamente por el Estatuto Orgánico la elaboración de los informes para los ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal —art. 14.1.d)—, sin que se declare expresamente el carácter vinculante o no de tales informes, a diferencia de cuando dicho Estatuto regula los informes a emitir por el Consejo Fiscal en los expedientes contradictorios para el traslado forzoso de los miembros del Ministerio Fiscal, en que dispone clara y tajantemente que se requiere informe favorable (art. 40), o bien cuando se refiere a los informes para sancionar por el Ministerio de Justicia, a propuesta del Fiscal General del Estado, con la separación del servicio, que también establece que ha de ser favorable el informe del Consejo Fiscal, de manera que si no lo fuesen no podrá imponerse el traslado forzoso a un miembro del Ministerio Fiscal ni ser separado del servicio, con lo que la ley dispone una vinculación negativa con esta clase de informes del Consejo Fiscal.

De las referidas competencias de uno y otro Órgano del Ministerio Fiscal se deduce que, mientras el Fiscal General del Estado es el Jefe Superior del Ministerio Fiscal con funciones de dirección, ejecución e inspección en el orden interno de esta Institución, el Consejo Fiscal tiene atribuidas, fundamentalmente, funciones de asesoramiento y asistencia de aquél, además de la elaboración de los criterios generales para asegurar la unidad de actuación de dicha Institución, en lo referente a la estructura y funcionamiento de sus órganos, y la resolución de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Fiscales Jefes en los expedientes disciplinarios, y, por consiguiente, el Consejo Fiscal, como tal órgano de asesoramiento y asistencia, carece de responsabilidad alguna y sus vocales no tienen otra que la prevista para los demás miembros de la Carrera Fiscal por el Capítulo VII del Título III del propio Estatuto.

El Fiscal General del Estado, por el contrario, responde ante el Gobierno, que lo nombra y lo cesa libremente sin otras limitaciones que respetar los requisitos fijados por el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico, quien puede requerirle en los términos previstos por el artículo 8 del mismo Estatuto, y el Fiscal General, además, debe comparecer ante las Cortes Generales para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuese convocado, con las que debe colaborar siempre que no exista obstáculo legal (art. 10 del Estatuto).

El Ministerio Fiscal se ha de regir en sus funciones, como dijimos, por los principios de legalidad e imparcialidad, de manera que no se puede separar en sus actuaciones de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (art. 6 de su Estatuto Orgánico).



Es en este ámbito de la legalidad donde adquieren singular importancia los órganos colegiados del Ministerio Fiscal: Consejo Fiscal y Junta de Fiscales de Sala, hasta el extremo de que, siempre que en una actuación del Fiscal General del Estado tienen trascendencia los referidos principios, se impone la audiencia de uno u otro órgano consultivo (arts. 8.2, 11, 14, 24, 27, 67.3 y 69 del Estatuto Orgánico).

Es cierto que también el Estatuto prevé que el Consejo Fiscal sea oído en materias relacionadas con la estructura y organización del Ministerio Fiscal (arts. 14.1, 18.2, 20, 21, 26, 40 y 41), si bien en estos casos el informe, siempre preceptivo, no es vinculante, salvo para acordar el traslado forzoso (art. 40), en cuyo caso pudieran resultar perjudicados los derechos profesionales del funcionario frente al que se adopta tan radical medida.

Del contexto de la norma, cuya exégesis realizamos, se deduce que los informes emitidos por el Consejo Fiscal no son vinculantes, salvo cuando de traslado forzoso o de separación del servicio se trata, supuestos ambos en que los derechos de la persona y el principio de legalidad exigen una eficaz salvaguarda.

*En aplicación de los principios de legalidad, de unidad de actuación y dependencia jerárquica*, así como en contemplación de las atribuciones de los órganos del Ministerio Fiscal y de su respectiva responsabilidad, sólo cabe considerar vinculante para el Fiscal General del Estado el informe del Consejo Fiscal, a que se contraen los artículos 13.segunda y 14.1.d) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en cuanto se refiera a criterios reglados para el ascenso, de manera que dicho informe condiciona exclusivamente la propuesta que ha de elevar al Gobierno el Fiscal General del Estado en lo relativo a estos criterios, mientras que los discrecionales o de oportunidad no restringen ni limitan la expresada facultad de proponer al candidato que, reuniendo los requisitos legales de acuerdo con dicho informe, considere más idóneo el proponente.

La interpretación contraria, que propugna la Asociación demandante, según la cual el Fiscal General del Estado habrá de abstenerse de proponer a quien por razones discrecionales o de oportunidad no sea considerado idóneo por el Consejo Fiscal, vaciaría de contenido la facultad que al Fiscal General del Estado atribuye el artículo 13.primera del Estatuto, ya que, si bien teóricamente son separables los ascensos de los nombramientos, sólo quienes ostentan la categoría primera en la Carrera pueden ser nombrados para los cargos de más alta responsabilidad en el Ministerio Fiscal (arts. 34.primera y 35.1 del Estatuto), y, por consiguiente, el destino para estos cargos viene condicionado por la promoción a dicha categoría primera de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, de manera que si se le condiciona o limita al Fiscal General del Estado la propuesta para el ascenso a esta categoría primera por razones de carácter discrecional o de oportunidad, se le está también restringiendo la facultad de proponer al Gobierno los nombramientos para los cargos de mayor relevancia en la Institución, a pesar de que resulta evidente que el Estatuto Orgánico no establece otras limitaciones para proponer estos nombramientos que la de oír al Consejo Fiscal —arts. 13.primera y 14.1.c)—.

De una expresión semánticamente ambigua no se puede derivar la desnaturalización del sistema legal de nombramientos para los distintos cargos del Ministerio Fiscal, y a tal alteración conduciría la interpretación que hace la Asociación demandante de la palabra "conforme", según la cual el ascenso viene absolutamente condicionado por el informe previo del Consejo Fiscal.

Los principios básicos que rigen la Institución, el carácter de los órganos que la integran y sus respectivas competencias o responsabilidades únicamente se combinan armónicamente si la polémica expresión "conforme" se entiende con el expresado alcance de vinculación negativa de la propuesta del Fiscal General del Estado con el informe del Consejo Fiscal en cuanto a los criterios reglados para el ascenso.

Esta interpretación de los artículos 13 y 14.1 del Estatuto Orgánico fue la llevada a cabo por el Real Decreto 437/1983, de 9 febrero, en el que se regula la constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, al disponer, en su artículo 3.º.4.ª, que es competencia del Consejo Fiscal en Pleno "ser oído respecto del nombramiento de los di-

versos cargos y para el ascenso de los miembros de la Carrera Fiscal que no sean automáticos y reglados”.

No cabe duda que esta disposición reglamentaria, en virtud de lo establecido por el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, carecería de eficacia si fuese contraria a la ley, aunque no haya sido objeto de impugnación indirecta en este proceso al amparo de lo dispuesto por el artículo 39.2 y 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero lo cierto es que la misma se ajusta exactamente al significado que ha de atribuirse a la norma contenida en el artículo 13 del Estatuto Orgánico, en relación con el artículo 14.1 del mismo, que sólo otorga, como hemos expuesto, carácter vinculante a los informes para los ascensos, elaborados por el Consejo Fiscal, en los aspectos reglados.

Entre los antecedentes históricos y legislativos, que corroboran la interpretación realizada, está el precedente Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Real Decreto de 21 junio 1926, derogado por el vigente.

El artículo 22 del referido Estatuto Orgánico de 1926 establecía que “los acuerdos del Consejo Fiscal tendrán siempre el carácter de informe y el Presidente resolverá lo que estime pertinente, pero si su resolución no estuviera conforme con la opinión de la mayoría del Consejo, no será ejecutoria sin que el Ministro de Gracia y Justicia, a quien se comunicarán las dos opiniones razonadas, la confirme mediante Real Orden”, para seguidamente fijar las atribuciones de dicho Consejo con un contenido equivalente a las que el mismo órgano mantiene en el vigente Estatuto en lo relativo a la emisión de informes para el ascenso en la Carrera Fiscal, en materia disciplinaria y para la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal.

Es cierto que el vigente Estatuto, por imperativo constitucional, refuerza los principios de legalidad e imparcialidad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, pero no cabe duda que mantiene los de unidad y dependencia jerárquica y el carácter de Jefe de la organización del Fiscal General del Estado, entonces denominado Fiscal del Tribunal Supremo, cuyo nombramiento continúa atribuido al Gobierno, quien, asimismo, puede acordar libremente su cese, sin otra exigencia en la actualidad que la de oír al Consejo General del Poder Judicial.

En definitiva, y en lo que a efectos de la interpretación de las facultades o atribuciones de uno y otro órganos del Ministerio Fiscal ahora interesa, el vigente Estatuto Orgánico mantiene la Jefatura del Ministerio Fiscal en el Fiscal General del Estado y el carácter de órgano de asistencia y asesoramiento de éste del Consejo Fiscal, aunque la composición de dicho Consejo se haya ampliado con la entrada de miembros elegidos por los propios Fiscales de Carrera.

Tal carácter no justifica la interpretación pretendida por la Asociación recurrente, que, a partir de la palabra “conforme” usada por el artículo 13 del vigente Estatuto al referirse a las atribuciones del Fiscal General del Estado para proponer los ascensos al Gobierno, condicionaría también la facultad de propuesta discrecional, entre quienes reúnan los requisitos legales, para los nombramientos de los distintos cargos, que indudablemente sigue ostentando el Fiscal General del Estado, por lo que, como consecuencia de una interpretación según los antecedentes históricos y legislativos de la Institución, tampoco cabe considerar que el aludido informe del Consejo Fiscal sea vinculante para el Fiscal General del Estado.

Nos queda por examinar la tramitación parlamentaria ante las Cortes Generales para conocer, si fuese posible, cuál fue la voluntad del legislador al promulgar el vigente Estatuto Orgánico, que, por imperativo constitucional, debe hacerse por ley (art. 124.3 de la Constitución).

Nada nos descubre sobre la *mens legislatoris* su paso por el Congreso de los Diputados, pero en el Senado se pretenden introducir sendas enmiendas para suprimir precisamente la palabra “conforme” del artículo 13, segunda, del Estatuto, por considerarla contraria a los principios de unidad y dependencia jerárquica, que rigen la organización del Ministerio Fiscal, las cuales no prosperan, teniendo éxito, sin embargo, una tercera, en la que, por coherencia con dicho precepto, se introduce un nuevo apartado en el artículo 14.1.d), en el que, al señalar las atribuciones del

Consejo Fiscal, y a renglón seguido de aquella por la que éste ha de ser oído en las propuestas para el nombramiento de los diversos cargos, se establece que le corresponde a dicho Consejo "elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal", cuya enmienda se explica por el Senador que la propone (siendo aceptada tanto aquélla como su justificación por la Ponencia) en razón de los criterios objetivos que rigen los ascensos en la Carrera Fiscal, por lo que resulta acertado mantener la exigencia de que la propuesta del Fiscal General del Estado sea conforme a los informes del Consejo Fiscal en materia de promociones.

De esta manifestación de la voluntad del legislador, al tiempo de aprobar el Estatuto Orgánico, no es posible deducir otra consecuencia que la de que, en tanto en cuanto los ascensos en la Carrera Fiscal son una actividad reglada (no otro significado puede tener la alusión a "criterios objetivos"), los informes del Consejo Fiscal son vinculantes para el Fiscal General del Estado, lo que corrobora la interpretación que esta Sala hace de la controvertida exigencia de conformidad de la propuesta del Fiscal General del Estado con los informes del Consejo para los ascensos exclusivamente en lo relativo a los criterios de legalidad y no a los discrecionales o de oportunidad.

Al no haberse cuestionado por el Consejo Fiscal en sus deliberaciones que en el candidato propuesto al Gobierno para el ascenso a Fiscal de Sala por el Fiscal General del Estado concurren todos los requisitos legales para ser promovido a dicha categoría, la propuesta fue conforme al informe de aquel órgano en cuanto a los criterios reglados y, por consiguiente, no vicia el procedimiento seguido para la provisión del destino de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, acordada por el Real Decreto impugnado según lo dispuesto concordadamente por los artículos 36.1 y 38 del vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el cual hemos de declarar, por tanto, ajustado a Derecho con íntegra desestimación del recurso contencioso-administrativo sostenido por la Asociación demandante, si bien, al no apreciarse méritos para ello, no procede hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas, como establece el artículo 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción.»

#### VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados Ramón Trillo Torres y José Manuel Sieira Míguez a la Sentencia dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo número 454/1997, sobre nulidad del Real Decreto 814/1997, con fecha 13 abril 1998.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«El fallo de la sentencia se funda básicamente en que a pesar de que el Consejo Fiscal no emitió un informe, en el sentido estricto del término, sin embargo la deliberación y votación habida en su seno el 27 de mayo de 1997 permitieron al Fiscal General del Estado conocer las razones por las que los miembros del Consejo consideraban inidóneo para el ascenso a Fiscal de Sala al señor F. B., ninguna de las cuales sería vinculante para que aquél se viese obligado a abstenerse de proponer su ascenso al Gobierno, habida cuenta que no se había objetado que cumpliera los requisitos legales establecidos en el artículo 37 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a saber, veinte años de servicios en la Carrera y pertenecer a la segunda categoría, únicos aspectos que, por ser reglados, exigirían la conformidad del Consejo para formular la propuesta, según interpretación acorde de los artículos 13.2.º y 14.1 del Estatuto y los principios constitucionales de unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal.

Nuestra discrepancia se funda en que entendemos que este criterio vacía de contenido el precepto estatutario que dispone que corresponde al Fiscal General del Es-

tado proponer al Gobierno los ascensos conforme a los informes del Consejo, porque aunque acepta el obvio significado de que conforme implica la idea de que sea de acuerdo, sin embargo limita esta conformidad a aspectos totalmente intrascendentes desde el punto de vista de su valoración por un órgano colegiado y representativo, como es el Consejo, siendo este efecto de vaciado lo que permite llegar a la conclusión de que el informe ha quedado materialmente suplido por la inexistencia en la deliberación de objeciones a dichos aspectos reglados.

A nuestro modo de ver, una evidente y primera alarma sobre el posible error de la interpretación patrocinada por el voto mayoritario surge precisamente de que siendo el Consejo Fiscal un órgano colegiado, representativo de la Carrera Fiscal, como consecuencia de la elección de la mayoría de sus componentes por los miembros de la misma en activo, y con la preeminencia institucional que le otorga además constituirse bajo la presidencia del Fiscal General del Estado, formando parte del mismo, por razón del cargo, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector, se vea obligado a reunirse en Pleno (art. 3.º del Real Decreto 437/1983) para pronunciarse sobre la mera constatación de unos datos no susceptibles de ulterior calificación, como son los mencionados requisitos de pertenencia a la segunda categoría y veinte años de servicios en la Carrera, tanto más sorprendente cuando el artículo 4.º del propio Real Decreto establece que quien debe informar los ascensos automáticos, por antigüedad, sea la Comisión Permanente.

Para resolver esta posible desproporción entre medios y fines que resulta del fundamento del voto mayoritario que avala la sentencia, iniciaremos nuestra argumentación acudiendo a las consecuencias que pueden extraerse de la indagación de la *mens legislatoris*, a la que se refiere la sentencia en el fundamento jurídico duodécimo.

Examinando el proceso de elaboración legislativa del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, nos encontramos con que en el proyecto del Gobierno figuraba un artículo 10, en el que únicamente se establecía que "el Fiscal General del Estado estará asistido en sus funciones por el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Inspección Fiscal y la Secretaría Técnica".

Este artículo 10 del proyecto pasa a convertirse en el artículo 13 de la Comisión de Justicia del Congreso, que siguiendo el informe de la Ponencia, mantiene como primer párrafo el que hemos reproducido del artículo 10 del proyecto, pero añadió un segundo párrafo, en el que se decía que "corresponde al Fiscal General del Estado, además de las facultades reconocidas en otros preceptos de este Estatuto, las siguientes: 1.º) Proponer al Gobierno los nombramientos para los distintos cargos, previo informe del Consejo Fiscal; 2.º) Proponer al Gobierno los ascensos conforme a los informes de dicho Consejo; 3.º)...".

Este texto ya no será objeto de modificación alguna durante la tramitación parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado, y por eso será el que entrará en vigor con la promulgación del Estatuto.

La variación del texto introducida por la Ponencia no se asoció a una motivación explícita ni se hizo por referencia a enmiendas específicas, pero ya en el Senado alguien observa que el artículo 14, al regular las competencias del Consejo Fiscal, establecía, en su apartado 1.c), la de "ser oído en las propuestas pertinentes respecto al nombramiento de los diversos cargos", sin hacer alusión alguna al caso de los ascensos, introducido en la mencionada modificación parlamentaria del artículo, lo que determinó que se presentara por un Senador una enmienda —la número 61— en la que se proponía añadir al artículo 14.1 un apartado nuevo: "elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal".

Para esta enmienda se ofreció la siguiente justificación: "En el artículo 13.2, se establece como facultad del Fiscal General del Estado el proponer al Gobierno los ascensos conforme a los informes de dicho Consejo. Un ascenso es diferente a un nombramiento y de ahí que se diferencien en dicho artículo en dos puntos distintos. El ascenso se debe a la aplicación de criterios objetivos y el nombramiento se basa en la subjetividad de quien nombra...".

Esta enmienda fue asumida plenamente por la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado "por los propios razonamientos invocados en su justificación", permaneciendo a partir de entonces inalterada e indiscutida, hasta pasar al texto en vigor del Estatuto.

A partir de esta enmienda, la sentencia de la que disentimos afirma que de la manifestación de la voluntad del legislador en ella contenida "no es posible deducir otra consecuencia que la de que, en tanto en cuanto los ascensos en la Carrera Fiscal son una actividad reglada (no otro significado puede tener la alusión a 'criterios objetivos'), los informes del Consejo Fiscal son vinculantes para el Fiscal General del Estado, lo que corrobora la interpretación que esta Sala hace de la controvertida exigencia de conformidad de la propuesta del Fiscal General del Estado con los informes del Consejo para los ascensos exclusivamente en lo relativo a los criterios de legalidad y no a los discrecionales o de oportunidad".

A nuestro modo de ver, esta conclusión incide en la limitación conceptual de identificar los criterios objetivos con la actividad reglada y a su vez constriñe ésta al ámbito de los requisitos estrictamente predeterminados por la ley no susceptibles de valoración, sino de mera comprobación o constatación de su existencia, remitiendo cualesquiera otras condiciones de idoneidad al campo de lo discrecional o de las razones de oportunidad.

Ciertamente, la indagación de la voluntad explícita del legislador a través de la justificación que haya podido ofrecer de la ley constituye uno de los sólidos pilares en que puede afianzarse su interpretación, sobre todo cuando el tiempo transcurrido desde la fecha de la publicación hasta la de su interpretación judicial para aplicarla al caso concreto no ha modificado sustancialmente el Sistema Jurídico en que la norma ha nacido, como ocurre en este proceso, en el que el orden constitucional del Ministerio Fiscal no ha recibido variación alguna, aunque atendiendo siempre a la limitación que supone, en la percepción de lo que venimos llamando voluntad del legislador, que ésta se manifiesta normalmente en la perspectiva de la generalización abstracta y por eso su finalidad no es agotar las posibilidades casuísticas del sistema, sino simplemente mantenerse en el plano de los enunciados generales, por lo que de todas formas no evitan las congruentes exigencias interpretativas.

En este caso, el tema concreto que nos ocupa, que es el del contenido que deben tener los informes del Consejo para el ascenso a Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, no halla solución íntegra en la justificación de la norma asumida por las Cortes porque ni tal justificación se hizo con una estricta vocación de juridicidad, sino más bien de explicar el remedio propuesto a una deficiencia por omisión de la redacción de un precepto (el art. 14) que tenía su origen en la nueva redacción dada a otro (el 13.2), lo que el Senador enmendante hizo en términos de enunciado general, sin atender a expresiones de estricta delimitación jurídica, aunque manifestando con meridiana claridad la diferencia de trato que quería darse al procedimiento de uno y otro tipo de decisiones del Gobierno, las relativas a los ascensos y las atinentes a los nombramientos en el Ministerio Fiscal.

Acceptada esta diferencia de trato en la sentencia, en el sentido de que para los ascensos el informe del Consejo es vinculante, calificación no aplicable al preceptivo para los nombramientos, la discordia surge en cuanto al ámbito o contenido posible del informe, lo que a su vez determinará los límites de su vinculación.

La enmienda del Senado a que nos hemos referido, al decir "el ascenso se debe a la aplicación de criterios objetivos y el nombramiento se basa en la subjetividad de quien nombra", indica el inicio de un camino que traducido a términos de más técnica significación jurídico-administrativa, como son los de elementos reglados y discrecionales, nos permiten un acercamiento solvente a la cuestión, a nuestro entender frustrado por la equiparación que patrocina el voto mayoritario de los criterios objetivos y los elementos legalmente predeterminados no susceptibles de valoración alguna, que conduce inexorablemente a la inocuidad del informe del Consejo, a pesar de aceptarse su naturaleza vinculante querida por la ley.

Salvo para la primera categoría —que es la concernida en este caso—, las ascen-

sos en la Carrera Fiscal responden a la concurrencia de elementos estrictamente predeterminados en el Estatuto, que sin duda merecen el calificativo de reglados, pues se fundan sólo en la antigüedad o en la superación de pruebas selectivas entre quienes lleven un determinado número de años de servicios efectivos. Pero esta plena sumisión a lo estrictamente predeterminado y no apto para valoraciones específicas se aminora notablemente en el caso del ascenso a la categoría primera: el artículo 37 del Estatuto fija como elementos expresamente reglados que los aspirantes cuenten, al menos, con veinte años de servicio en la Carrera y pertenezcan a la categoría segunda. Según la tesis mayoritaria, la discrecionalidad presidiría la libertad de decisión del Fiscal General para ascender al que fuese informado como cumplidor de estos requisitos, cualesquiera que fueran otros elementos desfavorables ponderados por el Consejo Fiscal.

Como venimos sosteniendo, esta tesis resulta en exceso reduccionista —por no decir anulatoria— del papel a jugar por el Consejo en punto tan clave como el de determinar quiénes habrán de formar con carácter permanente la cúpula funcional del Ministerio Fiscal. Por eso entendemos que habrá que acudir a más finos instrumentos de disección jurídica para ver si el indicado es realmente el límite del contenido vinculante del informe del Consejo Fiscal.

La exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción nos dejó advertido que no olvidemos “que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones”. Partiendo de este impulso, con tanta frecuencia utilizado por la jurisdicción contencioso-administrativa para superar una visión meramente literalista y positivista en la valoración de las normas jurídicas, cabe que nos preguntemos sobre la causa y los principios que inspiran el que el Estatuto haya arbitrado un sistema más abierto a las opciones en el caso del ascenso a Fiscal de Sala que el previsto para el resto de las categorías o grados.

La contestación nos viene indicada por el carácter de cima funcional de la Carrera que ostentan los Fiscales de Sala, tanto individualmente como en concepto de colectivo. Individualmente, porque a ello corresponde desempeñar los destinos de mayor relevancia y responsabilidad de la Institución, que les reserva el artículo 35.1 del Estatuto. En cuanto colectivo, porque bajo la presidencia del Fiscal General del Estado, constituyen la Junta de Fiscales de Sala, que asiste a aquél en materia doctrinal y técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, elaboración de las memorias y circulares, preparación de proyectos e informes que deban ser elevados al Gobierno y cualesquiera otras, de naturaleza análoga, que el Fiscal General del Estado estime procedente someter a su conocimiento y estudio (art. 14 del Estatuto).

Estos dos aspectos de los cometidos que desempeñan los Fiscales de Sala los sitúa formalmente al máximo nivel de excelencia profesional en el conjunto institucional de la Fiscalía, siendo equiparados por el artículo 34 del Estatuto a los Magistrados del Tribunal Supremo, a los que el artículo 343 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige, aparte de otros requisitos, que en todo caso sean de “reconocida competencia”.

Así, pues, tanto las altas tareas que desempeñan como su equiparación legal, en cuanto categoría, a los Magistrados del Tribunal Supremo, imponen que también los Fiscales de Sala sean de reconocida competencia, por lo que la conclusión a extraer es que si la elección de los mismos se somete a un criterio más abierto que el previsto para las otras categorías, es precisamente para poder seleccionar y valorar esa específica competencia y excelencia profesional requerida por la naturaleza de la institución para acceder a sus más complejas, delicadas y responsables funciones, por lo que llamado el Consejo Fiscal a informar sobre los ascensos, cuando el que se promueva sea a Fiscal de Sala, aparece como exigencia legal del sistema que la competencia profesional del que haya de ser propuesto sea objeto y contenido propio del informe del Consejo, siendo innegable el carácter reglado de este elemento, bajo la faz de concepto jurídico indeterminado, fundado a su vez en circunstancias y cri-

terios perfectamente objetivos, aunque no por eso identificables con datos incontables en cuanto a su calificación y consecuencias, como lo son la categoría o el número de años de servicio.

A la claridad inicial de esta conclusión se le interfiere la circunstancia legal de que el ascenso a la categoría primera se realiza con ocasión de vacante y supone, por eso, también nombramiento para un concreto destino de los asignados a dicha categoría, siendo así que el artículo 13 del Estatuto no ofrece duda sobre que los informes relativos a nombramientos no vinculan al Fiscal General.

En el fundamento de derecho noveno de la sentencia se dice que esta circunstancia haría que se vaciase de contenido la facultad que al Fiscal General atribuye el artículo 13.1 del Estatuto de nombrar libremente a los cargos de más alta responsabilidad en el Ministerio Fiscal, al venir condicionado por el ascenso a la primera categoría y, a su vez, esté sujeto al informe vinculante del Consejo sobre competencia y excedencia profesional.

Para resolver esta, a nuestro juicio, aparente contradicción, basta que acudamos a la diferenciación conceptual entre ascenso y nombramiento.

Desde un punto de vista de valoración de las situaciones jurídicas afectadas por cada uno de los tipos de resoluciones administrativas mencionadas, es de apreciar la diferente intensidad de sus consecuencias, tanto para cada uno de los miembros del Ministerio Fiscal como para el control de la calidad objetiva en el ejercicio de las funciones propias del Ministerio Público.

En efecto, clasificada la Carrera Fiscal en tres categorías, la pertenencia a cada una de ellas constituye una cualidad permanente de cada integrante de la Carrera, que sólo pierde al perder la condición de Fiscal y que además condiciona los destinos que puede servir, de modo que cuanto más alta es la categoría, mayor es el nivel de responsabilidad de los destinos que pueden ser servidos.

Distinta, sin embargo, es la vinculación de cada Fiscal con el puesto de trabajo que tiene asignado. Los artículos 39 y 40 regulan los supuestos legales de traslado como causa que los desvincula del destino que estén desempeñando, de modo que la nota de permanencia inalterable que se predica de la categoría no es posible extenderla al destino que desempeña cada Fiscal.

En este sentido, responde a razones bien diferenciables que la ley haya articulado un procedimiento administrativo diferente para los nombramientos y los ascensos, haciendo más garantista o, quizás mejor, más participativo el de los ascensos, al ser éstos más definitivos e importantes, tanto en lo que se refiere al *status* personal de cada Fiscal como a la participación del mismo en el servicio constitucional que tiene encomendado el Ministerio Fiscal, cuya cualificación, a través de la asignación de destinos según categorías, depende de la que ostente cada Fiscal.

Todo esto da razón objetiva de que el Estatuto haya querido hacer más intensa la participación de la Carrera, a través del Consejo Fiscal, en las propuestas para ascenso que en las de nombramiento, y esta diferencia en la intensidad de su intervención no hay motivo para desvirtuarla cuando el nombramiento acontezca por vía de ascenso. Por eso entendemos que en caso de ascenso a la primera categoría, aparte de los requisitos legales de antigüedad y pertenencia a la segunda categoría, el informe del Consejo debe comprender y ser vinculante respecto a la aptitud y competencia profesional genéricas para formar parte, con carácter general y permanente, de la categoría de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, por ser esto lo que justifica la especial intensidad de la intervención del Consejo Fiscal en el procedimiento de ascenso, haciendo abstracción de la idoneidad específica del candidato para el destino concreto determinante del ascenso, pues teniendo también sobre este extremo que pronunciarse el Consejo, sin embargo respecto a dicha circunstancia su valor será el de una consulta no vinculante, de modo que la responsabilidad del nombramiento sea totalmente imputable al Fiscal General, en el caso de que desde el punto de vista de la aptitud genérica del aspirante para ser Fiscal de Sala, el Consejo no haya objetado la del propuesto. De este modo en nada se vacía de contenido la facultad del Fiscal General del Estado de propuesta discrecional para los nombra-

mientos de los distintos cargos, pues el principio de legalidad, como es obvio, exige que tal propuesta se circunscriba a quienes ostenten los requisitos legales exigibles, de tal manera que el Fiscal General puede optar discrecionalmente y sin merma alguna de sus facultades entre quienes ostenten la primera categoría o haya sido informado favorablemente su ascenso a la misma. Otra cosa supondría otorgar al concepto discrecionalidad un contenido que no tiene, no se olvide que estamos partiendo del presupuesto de que el carácter vinculante del informe que nos ocupa lo es sólo en cuanto a lo que debe ser su contenido con arreglo a la normativa vigente, aspectos técnicos y profesionales, en modo alguno razones de oportunidad, conveniencia o de carácter discrecional, por cuanto éstos no deben ni pueden considerarse parte integrante del informe.

Como hemos dicho, la sentencia de la que discrepamos admite que formalmente no se había emitido informe, aunque el debate lo había suplido, precisamente por la concepción restrictiva que mantiene respecto al contenido vinculante de aquél.

De todas formas, de la omisión se hizo eco el propio Fiscal General del Estado en la propuesta al Gobierno, al decir en ella que "en todo caso, entiende el Fiscal General del Estado que los informes sobre ascensos y nombramientos no han de consistir en un escueto parecer favorable o desfavorable para el ascenso, a modo de veredictos o partes dispositivas de una resolución, sino en exposiciones de datos y circunstancias, que manifiesten el historial profesional del candidato, así como la concurrencia o no de los requisitos legales y los demás elementos de juicio relevantes para la finalidad legalmente asignada al procedimiento en que haya de emitirse el informe", palabras que parecen ser acertada resonancia del artículo 19 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo Fiscal, en el que se establece que los Consejeros, para poder formar criterio sobre las respectivas candidaturas, deberán disponer como mínimo de los siguientes datos:

- 1.º Servicios efectivos prestados en la Carrera.
- 2.º Destinos y cargas desempeñados.
- 3.º Actividades profesionales relevantes por la complejidad y trascendencia de los asuntos.
- 4.º Méritos científicos, como desempeño de tareas docentes, participación en congresos y seminarios y publicaciones de toda índole.
- 5.º Cuantos otros datos resulten del expediente personal del interesado y favorezcan una valoración adecuada de la propuesta.

Sin embargo, no consta que esta postura la hiciera valer el Fiscal General en la reunión del Consejo, limitándose a remitir al Gobierno, con la propuesta, unas cuadrículas en las que constaba certificación del Secretario del Consejo sobre el número de votos obtenido por cada uno de los candidatos sobre los dos puntos debatidos, idoneidad para el ascenso a Fiscal de Sala y elección para el cargo de Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, defecto formal al que no da trascendencia alguna, vista su tesis sobre el carácter meramente consultivo del informe. Según el criterio que mantenemos, creemos que no puede sostenerse que el informe haya sido materialmente suplido por el debate en la reunión del Consejo. Es cierto que en este caso concurre un elemento peculiar, que el destinatario del informe conforme al cual debía hacerse la propuesta no es una autoridad ajena al órgano informante sino que, por el contrario, no solamente es miembro del mismo, sino que además lo preside, de modo que aunque rituariaramente no se hubiera emitido en documento aparte y específico el exigible informe, sin embargo podría entenderse subsanado por el directo conocimiento del contenido del debate percibido por el Fiscal General del Estado.

Dos argumentos se oponen, a nuestro parecer, a esta conclusión.

El primero, que si bien es cierto que el informe va dirigido fundamentalmente al Fiscal General del Estado, que es quien debe proponer al Gobierno el ascenso, no lo es menos que el órgano decisor es el Gobierno, que para tomar su decisión de aceptar o rechazar la propuesta debe disponer de todos los datos que tengan por objeto



cooperar a la formación de la voluntad decisoria. Por entenderlo así, el propio Consejo Fiscal en su Reglamento de Régimen Interior establece, en su artículo 20, que los informes del Consejo, una vez documentados, se comunicarán a las autoridades que deban tenerlos en cuenta en sus decisiones y en este caso, de admitirse la tesis mayoritaria, habría sido de todos modos hurtado al conocimiento del Gobierno, que acordó el ascenso y que debió conocer las razones que inclinaron al Consejo Fiscal a ser contrario al ascenso del señor F. B.

El segundo argumento hay que buscarlo en lo que hemos considerado contenido necesario del informe.

Estamos de acuerdo con la sentencia en que si el resultado del debate se hubiera documentado como informe, nada en él hubiera objetado a las condiciones de categoría y servicios del señor F. ni a su preparación técnica y conocimientos jurídicos. Consta, no obstante, que el tema que motivó básicamente la votación negativa para el señor F. no fue la sanción que se le había impuesto —respecto a la que alguno de los intervinientes aludió incluso a su falta de firmeza—, sino sobre todo el conjunto de hechos que resultaban del expediente que había concluido en la sanción.

Ahora bien, las referencias a estos hechos son vagas, imprecisas y con valoraciones en las que se mezclarán las referencias al ascenso con las de cobertura de la plaza de nombramiento. Estos hechos, sin embargo, son relevantes para determinar la competencia profesional del interesado, habida cuenta de que la excelencia profesional para acceder a la categoría de Fiscal de Sala no se encierra solamente en el punto de vista técnico-jurídico, sino también en otros aspectos profesionales, como pueden ser su capacidad de trabajo, de organización, dedicación a la función o, en fin, como dice el mencionado artículo 19.5 del Reglamento de Régimen Interior, “cuantos datos resulten del expediente personal y favorezcan su valoración”, siendo de destacar, por otra parte, que no ascender a Fiscal de Sala no constituye una sanción, pues por obvias razones numéricas, constituye la suerte común de los miembros de la Carrera Fiscal, por lo que cualquier tipo de circunstancias objetivables son aptas para valorar aquellas condiciones relacionadas con la competencia profesional.

Por eso mismo entendemos que era esencial que en el informe se hubieran hecho explícitos los hechos determinantes de la votación contraria al señor F. B. Sin esta constancia, el informe aparece frustrado en el cumplimiento de sus fines: primero, acreditar que la decisión del Consejo de disconformidad con el ascenso se funda en datos y circunstancias congruentes con la falta de idoneidad del interesado para ser ascendido, con independencia de su aptitud para el cargo para el que pretendía ser designado; segundo, posibilidad tanto del Fiscal General como del propio interesado de valorar si se habían observado los límites indicados, en orden a fijar el contenido vinculante del informe.

Esta frustración es la que nos lleva a entender que se ha producido una irregularidad invalidante del procedimiento, que le impidió alcanzar su fin, por lo que con anulación del Real Decreto impugnado, debió anularse el procedimiento administrativo, para que reunido de nuevo el Consejo Fiscal, emitiese los informes en legal forma y el Fiscal General formulase nueva propuesta, no considerando que sea especial problema determinar si procesalmente esta solución implicaría la necesidad de plantear la tesis, conforme al artículo 43.2 de la Ley de la Jurisdicción, o si es suficiente la petición formulada en la demanda, en la que la pretensión principal de nulidad absoluta se acompaña de la subsidiaria de una mera declaración de anulabilidad.

A la interpretación que patrocinamos sobre el contenido vinculante del informe del Consejo Fiscal para que el Fiscal General pueda proponer el ascenso a la categoría primera, se contraponen en los fundamentos quinto y sexto de la sentencia los principios constitucionales y estatutarios, que derivados de los de unidad y dependencia jerárquica, atribuyen al Fiscal la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y, en general, su dirección e inspección, mientras que el Consejo se configura como un órgano de asistencia y asesoramiento, por lo que éste carece de responsabilidad al-

guna, teniendo sus vocales la prevista para los demás miembros de la Carrera Fiscal, mientras que el Fiscal General del Estado, por el contrario, responde ante el Gobierno, que lo nombra y lo cesa libremente, sin otras limitaciones que respetar los requisitos fijados por el artículo 29.1 del Estatuto, pudiendo aquél requerirle en los términos previstos en el artículo 18 del mismo Estatuto, y el Fiscal General, además, debe comparecer ante las Cortes Generales para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuese convocado, con los que debe colaborar siempre que no exista obstáculo legal (art. 10 del Estatuto).

Siendo, por supuesto, correctas estas apreciaciones, no por eso de ellas se deduce que el Consejo no deba informar sobre aspectos profesionales objetivos con carácter vinculante para los ascensos a Fiscal de Sala del Tribunal Supremo.

En primer lugar, parece que no cabe poner en duda que a los principios rectores de las instituciones no puede dárseles un valor tan absoluto y cerrado que impidan cualquier modulación que los atempere con otros criterios, como en este caso el de prestar un razonable margen de participación en las decisiones del Fiscal General al órgano colegiado y representativo que es el Consejo Fiscal, por los motivos que hemos dejado reseñados. Este pensamiento se manifiesta con claridad incontestable en el propio Estatuto, cuando a pesar de considerar al Consejo Fiscal como órgano de asistencia, sin embargo le reconoce facultades decisorias en materia de licencias y régimen disciplinario, al tiempo que le otorga la facultad de instar al Gobierno las reformas normativas necesarias para el servicio y ejercicio de la función fiscal.

Por otra parte, nuestra tesis —a diferencia de la del voto mayoritario— sostiene que el pronunciamiento del Consejo sobre la aptitud profesional para ser Fiscal de Sala no supone que se inmiscuya en cuestiones de oportunidad o conveniencia, reservadas a la responsabilidad del *Fiscal General*, sino que emita un juicio sobre un elemento reglado, basado en datos objetivos, extraídos de la anterior conducta profesional.

Por eso entendemos que el hecho de que el Fiscal General asuma la máxima responsabilidad del Ministerio Fiscal no excluye participaciones como la indicada, con un contenido perfectamente delimitado, siendo de notar, a mayor abundamiento, que el informe no se hace a sus espaldas, sino con su muy cualificada intervención como Presidente del órgano de consulta.

Por último, haremos una breve alusión a los antecedentes históricos, a los que la sentencia alude en el fundamento undécimo, con cita del Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado por el Real Decreto de 21 junio 1926.

A nuestro entender, la cita es más contraria que favorable a la doctrina de la sentencia, porque no tiene en cuenta que no son parámetros equivalentes los ponderables en un Régimen de Dictadura de hace más de setenta años y la perspectiva de participación aceptable en el fin de siglo y bajo la vigencia de la Constitución de 1978.

Lo que sí, sin embargo, creemos que constituye un antecedente próximo de trascendente significación es que durante los más de quince años de vigor del Estatuto se haya entendido su aplicación como afirmamos en este voto particular.»

#### VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren los Magistrados D. Pascual Sala Sánchez y D. Rafael Fernández Montalvo, a la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998 en el Recurso número 454/1997.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Con todo respeto y consideración a los Magistrados del Pleno de la Sala Tercera que han conformado la mayoría que ha determinado el sentido de la Sentencia dic-

tada el 13 abril 1998 en el Recurso número 454/1997 sobre recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Fiscales contra el Real Decreto 814/1997, de 30 mayo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala a don Eduardo F. B. y se le nombra Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, me veo obligado a manifestar las razones de mi voto contrario a la opinión mayoritaria.

Manifiesto mi conformidad con los antecedentes de la sentencia y con los fundamentos jurídicos primero y segundo (en los que se contiene un completo relato de los antecedentes que constituyen el presupuesto necesario para resolver), pues mi disenso se refiere, parcialmente, al tercer fundamento jurídico e, íntegramente, a los demás fundamentos jurídicos y al fallo.

La cuidada sistemática seguida en la redacción de la sentencia parece aconsejar ajustarse a ella con el fin de exponer la opinión discrepante que fundamenta este voto particular.

Suficiencia del informe.

1. Mi discrepancia parcial con el fundamento jurídico tercero, en que se estudia esta cuestión, radica en que no comparto la siguiente afirmación (y frases concordantes):

“Ningún obstáculo reglado ni impedimento objetivo para el ascenso, no así para el cargo o destino, se hizo al candidato promovido a la categoría de Fiscal de Sala, ya que todas las objeciones se inspiraban en razones de oportunidad y se referían principalmente a su inidoneidad para el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, para cuya propuesta no cabe duda de que el informe del Consejo Fiscal no es vinculante.”

2. El examen del acta de la reunión del Consejo Fiscal revela, en mi opinión, que junto a consideraciones ajenas al objeto propio del informe para el ascenso (cuya mera existencia no puede viciar el contenido del acto consultivo si éste goza de los requisitos esenciales adecuados a su finalidad) se hicieron observaciones negativas en relación con la conducta profesional de los distintos afectados —y no sólo del finalmente propuesto y nombrado—, que guardan relación directa con la necesidad de especiales conocimientos técnicos y antecedentes y cualidades profesionales que —se compartan o no las opiniones manifestadas por los distintos vocales— pueden ser valoradas para la promoción a la primera categoría de la Carrera Fiscal.

3. Si fuera cierta la hipótesis mantenida en la sentencia de que las observaciones que formuló el Consejo Fiscal no se referían a los méritos profesionales para el ascenso de carácter objetivo, sino que constituían argumentos de oportunidad referidos principalmente al nombramiento de Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, el informe habría versado sobre aspectos ajenos a su objeto (los requisitos y méritos objetivos para el ascenso a la primera categoría) y por ende no podría considerarse válido. A su vez, la propuesta del Fiscal General, respecto de la que nadie discute que el informe del Consejo Fiscal tiene carácter al menos preceptivo, hubiera sido también nula y, con ello, el acto recurrido.

4. Esta nulidad resultaría más patente por el hecho de que el Fiscal General, como Presidente del Consejo Fiscal, tiene la potestad de dirigir las deliberaciones, moderar los debates, dar por suficientemente debatido un asunto, fijar en su caso los puntos sobre los que debe recaer la votación y suspender la sesión —art. 13 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo Fiscal, aprobado por Acuerdo 20 septiembre 1983 (RRICF), y art. 23.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)—. Por ello hubiera estado en su mano evitar la desviación producida antes de formular la propuesta; y sin embargo se abstuvo de intervenir exponiendo razones en favor de uno o de otro candidato y de votar, en desacuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 LRJPAC, según cuyo artículo 24.3.II:

"No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados."

*Alcance de la expresión "conforme": interpretación literal.*

Mi discrepancia con el fundamento jurídico cuarto, en el que se estudia esta cuestión, radica en los siguientes puntos:

1. El término que debe ser interpretado, contenido en el artículo 13.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 diciembre (EOMF) —con arreglo al cual "Corresponde al Fiscal General del Estado, además de las facultades reconocidas en otros preceptos de este Estatuto, las siguientes: 1.º) Proponer al Gobierno los nombramientos para los distintos cargos, previo informe del Consejo Fiscal. 2.º) Proponer al Gobierno los ascensos conforme a los informes de dicho Consejo (...)"—, tiene carácter unívoco, a diferencia de lo que afirma la sentencia. La frase que debe examinarse es la locución adverbial "conforme a", la cual aparece en el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) en una entrada independiente (al final y sin número de acepción) en el artículo correspondiente a la palabra "conforme", siguiendo la colocación habitual en dicho Diccionario de las expresiones formadas por varios vocablos. La entrada se evacúa así:

"Conforme a. Locución adverbial que equivale a 'con arreglo a', 'a tenor de', 'en proporción o correspondencia a', o 'de la misma suerte o manera que'."

Nada permite sustentar la tesis de que esta expresión (a la que son equivalentes las locuciones adverbiales "conforme con" o "de conformidad con", no recogidas en el DRAE) no es unívoca, como atestiguan los ejemplos que a continuación contiene el DRAE, ninguno de los cuales tiene significado temporal. La ambigüedad semántica sólo puede predicarse del adverbio "conforme", con el que, a mi juicio, la sentencia confunde las locuciones adverbiales expresadas.

2. La interpretación literal obliga no sólo a tener en cuenta el sentido común de las palabras, sino el sentido jurídico. La locución adverbial "conforme a" (o "conforme con") se utiliza habitualmente en textos jurídicos de la siguiente forma:

a) En innumerables sentencias, incluidas las de este Tribunal, y textos jurídicos doctrinales y normativos (hasta el extremo de que intentar una relación sería imposible), "conforme a" una norma, un precepto de la norma, un principio o la costumbre como fuente del Derecho significa de manera absolutamente unívoca, de acuerdo con, con arreglo a, o con sujeción a la misma.

b) En innumerables sentencias, incluidas las de este Tribunal, "conforme a" un informe, un dictamen o una prueba significa, de manera absolutamente unívoca, que el Tribunal decide de acuerdo con dicho informe, dictamen o prueba.

c) La expresión "conforme con" un dictamen es utilizada en nuestra legislación tradicionalmente de forma muy característica y absolutamente unívoca. La emplea la Ley Orgánica 3/1980, de 22 abril, del Consejo de Estado (LOCE), en su artículo 2.1 como equivalente a la expresión "de acuerdo con":

"6. Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él. En el primer caso se usará la fórmula 'de acuerdo con el Consejo de Estado'; en el segundo, la de 'oído el Consejo de Estado'."

La LOCE sustituye la expresión histórica "de conformidad con", que el artículo 142 LOCE (1945) ordenaba emplear para expresar que la decisión se "ajustaba íntegramente" a un dictamen unánime —es de especial relevancia que dicha LOCE era

la vigente en el momento de la aprobación del EOMF—. La sustitución obedece a que frecuentemente trataba de disimularse la falta de conformidad con el dictamen utilizando la expresión “de acuerdo con” (que la Ley ordenaba emplear en caso de que el dictamen no fuera unánime), pero omitiendo que ese acuerdo era con la minoría o con un voto particular, en contra de lo que la Ley prescribía.

La fórmula de la LOCE es recogida, en términos idénticos, por las respectivas leyes que regulan los consejos consultivos autonómicos de las Islas Baleares, Andalucía y la Comunidad Valenciana (Ley 5/1993, de 15 junio, del Parlamento de las Islas Baleares, artículo 3; Ley 8/1993, de 19 octubre, del Parlamento de Andalucía, artículo 3, y Ley 10/1994, de 19 diciembre, de las Cortes Valencianas, artículo 2) y, más recientemente, en términos similares, por la que regula dicho órgano en Castilla-La Mancha (Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 7/1997, de 5 septiembre, artículo 40).

Otras leyes utilizan la expresión “conforme a” un proyecto o informe en el mismo sentido absolutamente unívoco —v. gr., artículo 444.2.b) del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Administración Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril (“conforme a los proyectos e informes que les sirvan de base”)—.

d) El DRAE recoge el sentido jurídico de la locución adverbial “conforme a” en una de las frases o expresiones que figuran al final del artículo: “conforme a Derecho”, la cual, sin duda por su carácter unívoco, no va acompañada de explicación alguna.

3. En el fundamento jurídico quinto, al hilo de la interpretación sistemática, la sentencia contiene también un argumento que indirectamente se refiere al sentido literal de la expresión “conforme”, pues parece contraponer el carácter no unívoco del carácter vinculante de los informes en materia de ascensos con otros supuestos contemplados en el EOMF:

“... a diferencia de cuando dicho Estatuto regula los informes a emitir por el Consejo Fiscal en los expedientes contradictorios para el traslado forzoso de los miembros del Ministerio Fiscal, en que dispone clara y tajantemente que se requiere informe favorable (artículo 40), o bien cuando se refiere a los informes para sancionar por el Ministerio de Justicia, a propuesta del Fiscal General del Estado, con la separación del servicio, que también establece que ha de ser favorable el informe del Consejo Fiscal”.

Según ello, la expresión “informe favorable” sería inequívocamente demostrativa del valor vinculante del informe del Consejo Fiscal, mientras que no ocurre así con la expresión “conforme a” los informes. A mi juicio, esta afirmación carece de fundamento en el terreno semántico, pues tan inequívoca es una expresión como la otra, dado que ambas son sintagmas ya acuñados. Siguiendo un modo de razonar análogo al de la sentencia podría sostenerse que el significado de la frase “informe favorable” no es unívoco, pues en el DRAE “favorable” tiene dos acepciones: “que favorece” y “propicio, apacible, benévolo”, las cuales permiten elaborar argumentaciones para sostener que la expresión “informe favorable” es polisémica, cuando no lo es.

La utilización del término “informe favorable” está justificada en los casos en los que el informe, con arreglo a la expresión utilizada por parte de la doctrina, tiene carácter semivinculante (es decir, cuando la resolución sólo debe ajustarse al informe si éste se muestra en desacuerdo con la propuesta, pero no si se muestra de acuerdo con ella, pues en este caso puede adoptarse o no el acuerdo). Así ocurre en los supuestos que la sentencia estudia, en los cuales la intervención del Consejo Fiscal se produce para evitar un traslado o una sanción injusta, no para obligar a su imposición. Por el contrario, la expresión “conforme a” obliga a que la resolución se adecue al informe tanto si es favorable como si es desfavorable, de tal suerte que el órgano decisorio no puede evitar resolver en sentido positivo cuando el informe re-

sulta favorable. En el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto de 27 febrero 1969 (ROMF), se exigía "previo informe favorable" del Consejo Fiscal para el nombramiento de determinados cargos relevantes correspondientes a la categoría hoy llamada segunda, y "previo informe de especial idoneidad" para los ascensos a la categoría hoy llamada primera, porque estos informes iban dirigidos al Gobierno, quien podía nombrar libremente al candidato que considerara adecuado entre los que tuvieran informe favorable o de especial idoneidad, respectivamente. En cambio, dado que en el EOMF el informe se dirige al Fiscal, tiene pleno sentido sustituir la expresión "informe favorable" por "conforme a los informes" si, como entiendo, quiere evitarse la posibilidad de rechazo del informe favorable por el Fiscal General (pues la facultad de rechazo sólo puede ejercerla el Gobierno, responsable del nombramiento, no aceptando la propuesta del Fiscal General).

Aun cuando la sentencia no hace uso de este argumento, no parece ocioso recoger que tampoco parece apropiada en el caso examinado la utilización de la expresión informe vinculante, pues hubiera podido entenderse como vinculante también para el Gobierno, mientras que del texto legal resulta, a mi juicio, de forma inequívoca, que el informe del Consejo Fiscal sólo es vinculante para el Fiscal General al formular su propuesta, que puede ser aceptada o rechazada por el Gobierno para que, en este último caso, se formule una nueva propuesta.

4. Finalmente, la sentencia no hace hincapié en argumentos de orden literal que no pueden pasar inadvertidos. En efecto, son circunstancias que corroboran la naturaleza vinculante para la propuesta del Fiscal General del informe del Consejo Fiscal en materia de ascensos las siguientes: *a)* la diferente redacción entre el número 1.º y el 2.º del artículo 13 EOMF ("previo informe" o "conforme a los informes"); *b)* el hecho de estar separado uno y otro supuesto en números distintos; *c)* el hecho de que paralelamente a la introducción del nuevo precepto la Ponencia del Congreso de los Diputados modificó la redacción inicial del artículo 32 EOMF sobre regulación de los nombramientos, los cuales, de ser "previo informe del Fiscal General, que oír al efecto al Consejo Fiscal", pasaron a ser "previo informe del Fiscal General del Estado de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de este Estatuto" (reconociendo implícitamente con ello que la modificación introducía algo distinto a la audiencia del Consejo Fiscal).

5. Nada permite afirmar, en resolución, que la expresión "conforme a", ni en su significado gramatical ni en su significado jurídico, sea "semánticamente ambigua", tesis que constituye el punto capital sobre el que la sentencia construye sus conclusiones, pues admite implícitamente que la solución interpretativa a que llega y, por ende, el fallo desestimatorio, no serían posibles en el caso de que la expresión fuera unívoca (fundamento jurídico noveno, *in fine*):

"De una expresión semánticamente ambigua no se puede derivar la desnaturalización del sistema legal de nombramientos para los distintos cargos del Ministerio Fiscal, y a tal alteración conduciría la interpretación que hace la Asociación demandante de la palabra 'conforme', según la cual el ascenso viene absolutamente condicionado por el informe previo del Consejo Fiscal."

*Interpretación sistemática: funciones del Fiscal General y del Consejo Fiscal.*

1. Mi discrepancia con los fundamentos quinto a noveno de la sentencia, en los que se desarrolla esta materia, se funda en las consideraciones que figuran a continuación.

La tesis de la sentencia se condensa en el siguiente párrafo:

"En aplicación de los principios de legalidad, de unidad de actuación y dependencia jerárquica, así como en contemplación de las atribuciones de los órganos del

Ministerio Fiscal y de su respectiva responsabilidad, sólo cabe considerar vinculante para el Fiscal General del Estado el informe del Consejo Fiscal, a que se contraen los artículos 13.segunda y 14.1.d) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en cuanto se refiera a criterios reglados para el ascenso, de manera que dicho informe condiciona exclusivamente la propuesta que ha de elevar al Gobierno el Fiscal General del Estado en lo relativo a estos criterios, mientras que los discrecionales o de oportunidad no restringen ni limitan la expresada facultad de proponer al candidato que, reuniendo los requisitos legales de acuerdo con dicho informe, considere más idóneo el proponente.”

La tesis de la sentencia se construye argumentando sobre el carácter de órgano de asistencia del Fiscal General del Estado que el EOMF atribuye al Consejo Fiscal, mientras que las facultades ejecutivas corresponden, por una parte, al Fiscal General y, de modo definitivo, en esta materia, al Gobierno. La falta de responsabilidad política del Consejo Fiscal y las llamadas que el EOMF hace a su intervención, estableciendo su carácter vinculante en los casos de sanciones de separación y de traslado forzoso, demuestran, en el parecer de la mayoría, que el Consejo Fiscal está llamado, al igual que la Junta de Fiscales, a intervenir en cuestiones de legalidad relacionadas con el respeto a los principios constitucionales de imparcialidad y legalidad a que dicho Ministerio está sujeto.

2. Sin embargo, entiendo que esta construcción no responde a la naturaleza que el EOMF atribuye al Consejo Fiscal. Es cierto que el Consejo Fiscal aparece definido como órgano de asesoramiento y asistencia sin responsabilidad política, pero el mismo artículo del Estatuto que define este carácter le atribuye en párrafo independiente funciones ejecutivas o resolutorias en algunas materias y, como la sentencia reconoce, en las sanciones de separación y resoluciones de traslado su informe es vinculante, según otros preceptos del EOMF. El Consejo Fiscal no aparece configurado en el EOMF como un órgano similar a la Junta de Fiscales, encargado de velar por el cumplimiento del principio de legalidad en el ejercicio genérico de la función fiscal. Su composición —se integra con los altos cargos con funciones ejecutivas de la Carrera Fiscal y se forma con un alto nivel de participación de la misma—, lo orienta hacia los aspectos organizativos que afectan al Ministerio Fiscal. Todas las materias en las que se le reconocen atribuciones se caracterizan por constituir aspectos de organización o funcionamiento que pueden afectar a la imparcialidad del Ministerio Fiscal en su conjunto o a la de sus miembros en particular, como demuestra un examen detallado del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La intervención decisoria en materia de recursos contra actos disciplinarios o en materia de sanciones de separación o resoluciones sobre traslado forzoso no es una excepción, pues no tiene, como la sentencia parece admitir, como única justificación el que están afectados los derechos de los funcionarios o implicado el principio de legalidad, sino la de que se trata de materias en las que históricamente se manifiesta de modo más sensible la posibilidad de presiones o influencias que atenten contra la imparcialidad del funcionario. Cuando de la Carrera Judicial se trata, la Constitución, recogiendo este sentir histórico, enumera como funciones más características del Consejo General del Poder Judicial (órgano carente de responsabilidad política) las de inspección y régimen disciplinario. Nada de extraño tiene que el EOMF haya pensado, en la misma línea, establecer una intervención del Consejo Fiscal en materia de ascensos (otra de las tradicionalmente consideradas como especialmente sensibles a las presiones de otros poderes en relación con la imparcialidad de los juristas que trabajan al servicio del Estado y recogida por ello también en la antedicha enumeración del artículo 122 CE). Nada impide que, desde su posición de órgano básicamente consultivo, el Consejo Fiscal sea configurado como un elemento de limitación o moderación al ejercicio de aquellas facultades del ejecutivo más susceptibles en dicho terreno de mediatizar el principio de imparcialidad y legalidad a los que el Ministerio Fiscal está sujeto en su conjunto, además de todos sus miembros.

La contraposición de naturaleza y funciones que la sentencia establece entre el Fiscal General y el Consejo Fiscal no parece responder plenamente al EOMF. En él ambos son órganos del Ministerio Fiscal y no puede atribuirse relevancia al hecho de que el Fiscal General sea un órgano previsto en la Constitución —no constitucional, sino de relevancia constitucional—, puesto que sus funciones —a diferencia de las del Ministerio Fiscal en su conjunto— no se hallan previstas en la norma fundamental. La Sentencia de esta Sala de 28 junio 1994 (RJ 1994/5050) (Recurso número 7105/1992), por el contrario, admite implícitamente que las funciones del Fiscal General del Estado se identifican con las del Ministerio Fiscal (cosa que se infiere del hecho de que el Fiscal General ejerce la Jefatura de dicho Ministerio) y no puede olvidarse que el Fiscal General, por mandato del EOMF, es Presidente del Consejo Fiscal, por lo que no pueden disociarse ni enfrentarse sus respectivas naturaleza y funciones.

3. Cuando la sentencia de la que disiento cierra sus argumentaciones sobre esta materia considerando que se vaciaría de contenido la facultad del Fiscal General de proponer los nombramientos de altos cargos de la Carrera Fiscal y la del Gobierno de efectuarlos si se atribuye carácter vinculante a los informes del Consejo Fiscal, parece no admitir que el legislador pueda haber intentado establecer una cortapisa al hecho de que en el Carrera Fiscal el ascenso a la primera categoría, considerado en cualquier cuerpo de funcionarios como una manifestación del derecho a la Carrera que se rige por los principios de mérito y capacidad, quede relegado al ámbito de los nombramientos políticos de confianza del Gobierno. En efecto, dichos ascensos, si se equiparan a los nombramientos realizados libremente por el Gobierno sin otro requisito que un informe previo no vinculante, quedan sometidos a un mecanismo similar al del nombramiento del Fiscal General del Estado, respecto del cual hemos dicho en la ya citada Sentencia de 28 junio 1994 que "la amplitud constitucional de sus funciones, recogidas en el artículo 124 de la Constitución, así como el especialísimo régimen de su nombramiento, regulado en el mismo precepto (...) nos inclina a considerar que estamos más próximos a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa". Por el contrario, el artículo 23.2 CE exige que no sólo el acceso a la función pública, sino también el derecho a la Carrera (no así el nombramiento de cargos que no impliquen acceso o promoción) se rija por reglas objetivas de mérito y capacidad. El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2, en cuanto se refiere al derecho a acceder a puestos funcionariales, "comprende, no sólo el acceso a la función pública, sino también el desarrollo o promoción de la propia Carrera Administrativa" (Sentencias 192/1991 [RTC 1991/192], 200/1991 [RTC 1991/200], 212/1993 [RTC 1993/212] y 80/1994 [RTC 1994/80], entre otras).

Ciertamente, dada la estrecha relación entre el ascenso y el nombramiento para el cargo que aquí se produce (producto del escaso número de miembros de la Carrera Fiscal pertenecientes a la categoría primera, requisito exigido para cubrirlo en el momento en que se produjo el nombramiento), la regulación objetiva del ascenso limita considerablemente las facultades del Gobierno para realizar los nombramientos. Pero esta colisión debe resolverse en favor del derecho de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, reconocido en la Constitución, y no en favor de la discrecionalidad del Gobierno, pues así lo exige el principio *secundum libertatem*, aplicado en materia de acceso a los cargos públicos por la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1991 (RTC 1991/104) (*quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*).

4. No supone esto, ni mucho menos, el defender que el sistema establecido por el EOMF con el fin de introducir un principio de objetividad en los ascensos a la primera categoría de la Carrera Fiscal merece un juicio positivo desde el punto de vista de la oportunidad y acierto del legislador. Se trata sólo de argumentar que no



hay razón para juzgar inaplicables los mecanismos establecidos por dicha Ley que claramente comportan una reducción o moderación de las facultades del poder ejecutivo en relación con la Carrera Fiscal y que es el legislador quien tiene en su mano el regular adecuadamente la garantía de la imparcialidad del Ministerio Fiscal.

Los problemas que la configuración del Ministerio Fiscal plantea —en nuestro Derecho y en los de nuestro entorno— están prolongándose demasiado. Este órgano desempeña una función capital cerca de los Tribunales, la cual se recoge en el artículo 124 CE. Existen propuestas para atribuir al Ministerio Fiscal el ejercicio de potestades (como la investigación penal) necesitado para quienes las desempeñan de un estatuto de independencia sin ambigüedad alguna. No parece que, en esta situación y ante estas perspectivas, reservar por imperio de la ley a un órgano participativo ciertos ámbitos organizativos en el seno de la institución amenace el equilibrio del sistema jurídico al que el Estado de Derecho aspira. No parece tampoco que esté justificado el intento de poner fin a lo que se considera un privilegio corporativo otorgado por una ley, pues éste es el deseo que late en la interpretación que propugna la Administración demandada: *in argumentum trahi nequeunt, quae propter necessitatem aliquando sunt concessa* (no puede invocarse lo que un día se concedió por necesidad). Este modo de proceder es dudosamente compatible, en nuestros días, con el principio de legalidad.

5. El planteamiento de la sentencia consiste, sin embargo, no en negar abiertamente el carácter vinculante del informe del Consejo Fiscal, sino en considerar que este carácter vinculante se refiere sólo a los aspectos reglados de los nombramientos. Aparte las dificultades que este tipo de interpretaciones —que los antiguos trataban de evitar acudiendo al axioma *ubi lex non distinguit nec nostrum est distinguere*— tienen desde el punto de vista del tenor literal de la norma, parece prestarse aquiescencia a la concepción que asimila la actuación del Consejo Fiscal a la propia de un órgano administrativo consultivo de los llamados de *staff* o gabinete (frente a los de línea o ejecutivos) —esta concepción está explícita en el escrito de contestación a la demanda formulado por el Abogado del Estado, según el cual la función del informe vinculante es “adornar de las mayores garantías de legalidad al acto”, dar un “plus de seguridad para el destinatario del acto”—. De ahí que la sentencia haga hincapié en el principio de jerarquía del Ministerio Fiscal, que atribuiría al Fiscal General una potestad omnímoda, no susceptible de limitación alguna de carácter vinculante salvo en aspectos estrictamente reglados (en la concepción defendida por el Abogado del Estado respecto del Ministerio Fiscal, la Constitución “consagra su dependencia gubernamental”).

Pero, incluso de ser cierto este esquema, nada argüiría en contra del significado unívoco de la expresión “conforme a los informes”, pues, sin remontarse a cuestiones de relevancia constitucional como las que aquí están en juego para el legislador, éste puede excepcionalmente —y de hecho lo hace con cierta frecuencia— atribuir valor vinculante a los informes de los órganos de naturaleza asesora más allá de los aspectos estrictamente reglados (en ocasiones para garantizar la corrección de las decisiones en aspectos técnicos o hacer prevalecer el criterio de otro órgano en casos de competencias concurrentes o integrar la voluntad conjunta de varios de ellos).

No se olvide, sin embargo, que cuando se establece el carácter vinculante de los informes de los órganos consultivos de la Administración en aspectos estrictamente reglados —práctica de cierta tradición en el ámbito de la Administración Local— se está pensando en el establecimiento de una reduplicación de la garantía jurídica frente al titular de un órgano ejecutivo del que no sólo se admite que no tiene que conocer el derecho ni ser versado en él, sino que se presume que, aun siendo debidamente informado por un órgano consultivo, puede ser proclive a adoptar decisiones no conformes al ordenamiento. Para un jurista, el carácter vinculante de un informe en materia reglada constituye una tautología. Los aspectos reglados se impo-

nen por sí mismos, por la fuerza imperativa de la ley, de tal suerte que, como ha declarado la jurisprudencia, el informe reglado no vincula al Tribunal, el cual, al ser impugnada la actuación administrativa, considerará nula la decisión tomada de acuerdo con el informe reglado, si éste es erróneo, y válida la resolución tomada en contra de aquél, si consta que, por ser contrario al ordenamiento, carecía de validez para liberar de la observancia de los requisitos reglados (caso contemplado en la Sentencia de esta Sala de 1 diciembre 1989, citada por el Abogado del Estado).

Por lo que acaba de razonarse, este esquema, a mi juicio, no soporta el ser trasplantado a la Carrera Fiscal, tal como la concibe el EOMF. Siendo los requisitos para el ascenso de fácil comprobación para un jurista poco versado (pues se reducen al cotejo de los años de antigüedad, la pertenencia a la categoría segunda conforme al artículo 37.1 EOMF y, en último extremo, la no concurrencia de causas obstativas al traslado), no parece tener sentido que el carácter vinculante del informe del Consejo Fiscal se refiera precisamente a estos requisitos, que ni merecen la reunión de un órgano de sus características, ni tiene sentido que su cumplimiento pretenda imponerse al Fiscal General del Estado, pues, como hemos dicho en la sentencia anteriormente citada:

“En coherencia con la excepcional calidad jurídica y naturaleza de las misiones que el artículo 124.1 de la Constitución encomienda al Ministerio Fiscal, su Estatuto Orgánico impone que se elija entre ‘Juristas españoles de reconocido prestigio’, pero con el fin de eliminar acepciones personales de este concepto no suficientemente avaladas por la experiencia, lo restringe a quienes efectivamente hayan ejercido una profesión que garantice mínimamente, por datos objetivos, la condición de jurista de reconocido prestigio, garantía objetiva que no se produce si el ejercicio de la profesión no ha sido real, sino que simplemente aparece como un mérito atribuido por la ley y computable solamente a determinados efectos.”

*Interpretación sistemática: Real Decreto 437/1983.*

Mi discrepancia con el fundamento jurídico décimo, en el que se estudia esta cuestión, se funda en los siguientes argumentos:

Según la sentencia:

“Esta interpretación de los artículos 13 y 14.1 del Estatuto Orgánico fue la llevada a cabo por el Real Decreto 437/1983, de 9 febrero, en el que se regula la constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, al disponer, en su artículo 3.º.4.º, que es competencia del Consejo Fiscal en Pleno ‘ser oído respecto del nombramiento de los diversos cargos y para el ascenso de los miembros de la Carrera Fiscal que no sean automáticos y reglados.’”

A mi juicio, la sentencia obtiene una conclusión contraria a la que se deduce de la interpretación del citado Real Decreto. En efecto:

a) Es cierto que en el artículo 3.4.º del RD 437/1983 no se alude al carácter vinculante del informe del Consejo Fiscal. Sin embargo, en los supuestos en que el informe tiene carácter vinculante de modo indudable, según la sentencia, tampoco se alude al mismo:

“Artículo 3. (...) 11. Informar, previo examen del expediente contradictorio instruido, al órgano competente que haya de resolver sobre los traslados forzosos previstos en el artículo 40 del Estatuto.

14. Informar, previo conocimiento del correspondiente expediente contradictorio, la imposición de la sanción de separación del servicio.”

Con ello se observa que el artículo 3 del RD 437/1983 hace una enumeración de las funciones que corresponden al Consejo Fiscal, pero no se pronuncia en relación

con sus efectos, por lo que no pueden extraerse consecuencias de esta falta de pronunciamiento y, al hacerlo, la sentencia entra en contradicción con sus propias afirmaciones.

b) Para la mayoría parece ser decisivo que el artículo 3.4.º del Real Decreto limite la función de "ser oído" a los ascensos que no sean automáticos ni reglados, de donde se deduciría que en éstos la función no es la de ser oído, sino la de informar con carácter vinculante. Pero esta conclusión, con todo respecto a la mayoría de la Sala, es errónea, pues lo que el Real Decreto pretende es reservar al Pleno del Consejo Fiscal los ascensos no reglados —consciente de la mayor importancia del informe, aun cuando desde el punto de vista de los aspectos reglados tenga mucha menor dificultad jurídica— y relegar a la Comisión Permanente del Consejo Fiscal los ascensos reglados —de mayor dificultad jurídica, pero de menor importancia en cuanto al informe, por no existir margen de apreciación alguno—, como más adelante se lee:

"Artículo 4. Compete a la Comisión Permanente: 1.º Elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal que se rijan por criterios reglados (...)."

Con esta división de competencias entre el Pleno y la Comisión Permanente el Real Decreto admite implícitamente que la intervención del Consejo Fiscal se proyecta, en el caso de los ascensos no reglados, sobre aspectos diferentes de los meramente reglados, pues en otro caso hubiera confiado el informe a la Comisión Permanente. Nada arguye, pues, el Real Decreto en favor de la interpretación que la sentencia mantiene y sí en su contra.

#### *Antecedentes históricos.*

Mi discrepancia con el fundamento jurídico undécimo, en el que se estudia esta cuestión, se funda en los siguientes argumentos:

Según la sentencia, "el vigente Estatuto Orgánico mantiene la Jefatura del Ministerio Fiscal en el Fiscal General del Estado y el carácter de órgano de asistencia y asesoramiento de éste del Consejo Fiscal" que fueron consagrados por el Estatuto Orgánico de 1926, especialmente en el artículo 22. De aquí deduce que los antecedentes históricos no permiten atribuir carácter vinculante a los informes del Consejo Fiscal en los aspectos no reglados.

A mi juicio, sin embargo, un análisis de los antecedentes históricos conduce a la conclusión contraria. En el artículo 22 del Estatuto de 1926, que la sentencia transcribe, los informes contrarios del Consejo Fiscal, que no versaban sólo sobre aspectos reglados, sino "sobre las circunstancias de los funcionarios comprendidos en la tercera categoría que merezcan ser ascendidos a la categoría segunda" (equivalente, *grosso modo*, a la primera actual) (art. 22.V.5.º) impedían al Fiscal del Tribunal Supremo ejecutar su resolución y la deferían al Ministro, por lo que tenían un carácter semivinculante para el Fiscal. Pero, además, el "informe favorable para el ascenso" era plenamente vinculante para el Ministro de Gracia y Justicia en el ascenso a la categoría tercera, pues éste sólo podía elegir entre los que contaran con aquél (art. 14), aunque podía prescindir de los informes si el Consejo no los había emitido a tiempo (art. 22.VI).

El Consejo Fiscal, que pasó posteriormente por una larga etapa de oscuridad, revivió de la mano de un Decreto-ley 25 de enero 1962 sobre plantilla y organización de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de modo en cierta medida paralelo al Consejo Judicial. El Reglamento Orgánico de la Carrera Fiscal de 1969 (todavía en teórica vigencia), como antes se ha recogido, atribuyó valor vinculante a sus informes (emitidos mediante relaciones anuales enviadas al Ministerio de Gracia y Justicia), según se desprende de la exigencia de que los ascendidos a altos cargos correspondientes a la categoría tercera "tengan informe favorable del Consejo Fiscal" (art.

23.1) y que el ascenso a la categoría segunda (equivalente a la primera actual) tenga lugar "previo informe de especial idoneidad del Consejo Fiscal". El proceso histórico anterior a la Constitución tuvo su último lapso en la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 noviembre 1974, la cual proclamaba en su artículo 73.1.II lo siguiente:

"El Gobierno propio del Ministerio Fiscal corresponderá al Fiscal del Reino, al Consejo Fiscal y a los Fiscales Centrales, Territoriales y Provinciales."

En conclusión, los antecedentes legislativos permiten afirmar que en el proceso de formación histórica del Consejo Fiscal éste no era un mero órgano de asistencia o asesoramiento y que —salvadas las etapas de oscurecimiento histórico de la institución— el primer momento en que se sienta el carácter no vinculante de los informes del Consejo Fiscal en materia de ascensos (salvo los elementos no reglados) es el de la fecha de la sentencia de la que discrepo en la interpretación que realiza del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Finalmente, también deben considerarse como antecedentes significativos para la interpretación de la norma los derivados de su aplicación pacífica durante los ya largos años de vigencia del EOMF. Como es bien sabido, el precepto cuestionado, salvo en el caso que da lugar a este proceso, siempre ha sido interpretado en el sentido que la sentencia no considera aceptable (carácter vinculante del informe para el Fiscal General y facultad del Gobierno de rechazar la propuesta de éste solicitando una nueva).

*Antecedentes parlamentarios.*

Mi discrepancia con el fundamento jurídico duodécimo, en el que se estudia esta cuestión, se funda en los siguientes argumentos:

1. Para la sentencia:

"Nada nos descubre sobre la *mens legislatoris* su paso por el Congreso de los Diputados."

A mi juicio, sin embargo, esta conclusión no es exacta, pues el paso del proyecto por el Congreso de los Diputados demuestra:

a) Que el proyecto de ley originario no atribuía facultad alguna decisoria o vinculante al Consejo Fiscal ni carácter electivo a ninguno de sus miembros. La Ponencia introdujo este carácter en parte del Consejo y añadió el precepto que aquí se examina, a la par de los otros preceptos respecto a los cuales la sentencia no duda de que atribuyen valor vinculante al informe del Consejo Fiscal.

b) Que se presentaron un número considerable de enmiendas sobre esta materia, en muchas de las cuales se establecía el carácter representativo del Consejo por medio de la presencia de miembros elegidos y en algunas se proclamaba, además, expresamente el carácter de Órgano de Gobierno del Consejo Fiscal y se reconocía competencia a éste para proponer los nombramientos y ascensos de la Carrera Fiscal (p. ej., la enmienda 124 del Grupo Minoría Catalana y la 218 del Grupo Coalición Democrática). Estas enmiendas fueron tomadas en consideración por la Ponencia para incluir la competencia para informar los ascensos, partiendo de que implícitamente establecían su carácter vinculante en todo caso, lo que pone de manifiesto el carácter transaccional de la fórmula adoptada, que pasó al texto definitivo del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

c) Que en el Pleno se discutió ampliamente sobre si la competencia en materia de expedientes disciplinarios era para "informar" o para "resolver". Esta controversia —centrada en el valor resolutorio o no de las decisiones del Consejo— se repro- dujo en el Senado, el cual aceptó una modificación en este sentido luego rechazada

por el Congreso. Al regresar al texto inicial, se produjo el efecto de la curiosa duplicidad de las letras e) y f) del artículo 14 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Estos hechos, en su conjunto, demuestran que en el Congreso de los Diputados se debatió ampliamente entre las tesis favorables y las contrarias a la concepción del Consejo Fiscal como órgano representativo investido de facultades de Gobierno, y que prevaleció una tesis transaccional distinta de la inicial configuración en el proyecto como órgano de mera asistencia sin competencia resolutoria alguna.

2. Respecto del paso por el Senado, la sentencia se limita prácticamente a llamar la atención sobre una concreta enmienda, en la cual:

*“... se explica por el Senador que la propone (siendo aceptada tanto aquella como su justificación por la Ponencia) en razón de los criterios objetivos que rigen los ascensos en la Carrera Fiscal, por lo que resulta acertado mantener la exigencia de que la propuesta del Fiscal General del Estado sea conforme a los informes del Consejo Fiscal en materia de promociones. De esta manifestación de la voluntad del legislador, al tiempo de aprobar el Estatuto Orgánico, no es posible deducir otra consecuencia que la de que, en tanto en cuanto los ascensos en la Carrera Fiscal son una actividad reglada (no otro significado puede tener la alusión a ‘criterios objetivos’), los informes del Consejo Fiscal son vinculantes para el Fiscal General del Estado”.*

Sin embargo, el examen de los antecedentes parlamentarios, a mi juicio, demuestra que:

a) Nuevamente se presentaron enmiendas en el Senado para “potenciar” el Consejo Fiscal como Órgano de Gobierno del Ministerio Fiscal (por ejemplo, proponiendo ternas para los nombramientos), cosa que motivó una amplia discusión en la Cámara Alta sobre el mayor o menor alcance de las competencias de dicho Consejo y se reprodujo, como queda dicho, la discusión acerca de la naturaleza de la competencia en materia de expedientes disciplinarios.

b) La enmienda a la que se refiere la sentencia (presentada por un Senador perteneciente al mismo grupo político que los que presentaron enmiendas contradictorias con ella para eliminar el carácter vinculante de los informes del Consejo Fiscal, las cuales significativamente fueron retiradas por sus autores) no admite duda alguna en cuanto al sentido que se da en su justificación, admitida expresamente por la Ponencia:

*“... en este caso (propuestas de ascenso ‘conforme a los informes’) el Fiscal General propone lo acordado por el Consejo Fiscal (...) en realidad la facultad del Fiscal General en ese tema es dar traslado al Gobierno de la propuesta del Consejo Fiscal”.*

La frase, a mi juicio, no deja lugar a dudas sobre la intención del Senador proponente. La frase que según la sentencia revelaría la voluntad del Senador de que los informes sólo fueran preceptivos en los aspectos reglados es la siguiente (que figura antes de las ya transcritas):

*“El ascenso se debe a la aplicación de criterios objetivos y el nombramiento se basa en la subjetividad de quien nombra.”*

La sentencia mayoritaria interpreta la expresión “criterios objetivos” como referida exclusivamente a los aspectos estrictamente reglados, sin tener en cuenta, a mi juicio, que el resto de la justificación no deja lugar a dudas sobre la intención del Senador proponente. La sentencia, sin embargo, insiste nuevamente aquí en considerar que los “aspectos objetivos” de un ascenso son los estrictamente reglados (antigüedad, pertenencia a la categoría), mientras que parece difícil ignorar que el Se-

nador se refería a la diferencia existente entre los nombramientos realizados en función de criterios objetivos de mérito y capacidad y los realizados en función de criterios de confianza política (subjetividad de quien nombra).

En efecto, un ascenso fundado en el principio de mérito y capacidad exige la realización de apreciaciones relacionadas con el historial de los candidatos, sus especiales conocimientos técnicos y sus cualidades relacionadas con el ejercicio de la profesión suficientes para destacar entre sus compañeros y merecer con ello la promoción. Los Fiscales de Sala, componentes de la primera categoría de la Carrera Fiscal, parece que deben ser seleccionados por ostentar méritos y cualidades profesionales y científicos de especial relevancia objetiva respecto de sus compañeros (y no, como parece admitir la sentencia de la que discrepo, con criterios subjetivos partiendo de una competencia técnica suficiente, que se da por supuesta en todos los componentes de la Carrera Fiscal). El escaso número de Fiscales de Sala en el conjunto de la Carrera Fiscal, el hecho de estar llamados a desempeñar las funciones jurídicas de máxima relevancia en este Cuerpo y a integrar la Junta de Fiscales de Sala y el estar expresamente asimilados en el EOMF a la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo así parecen exigirlo.

Pues bien, la apreciación de estos méritos y cualidades no por desarrollarse dentro de un amplio margen puede dejar de ser estrictamente objetiva (pues otra cosa supondría caer en la arbitrariedad que proscribe el artículo 9 CE), mientras que un nombramiento político se funda en razones subjetivas de confianza u oportunidad. La sentencia no parece aceptar, sin embargo, esta posibilidad, pues identifica los criterios objetivos con los requisitos estrictamente reglados y relega cualquier otro tipo de consideración a la noción de oportunidad. La sentencia acomoda a esta perspectiva —que no puedo compartir— la interpretación de los diversos antecedentes y preceptos legales que analiza, incluida la explicación a la enmienda del Senador.

La extensión de los informes del Consejo Fiscal a dichos aspectos objetivos no reglados no sólo no es puesta en duda por el Fiscal General del Estado en su propuesta —que solamente discute sus efectos—, sino que se admite explícitamente por el RRICF, pues en su artículo 19, al regular la documentación que debe acompañarse al pleno, ordena que los informes que se acompañen a las propuestas que se formulen, entre otras materias, para ascensos y nombramientos no reglados, expedientes disciplinarios y traslados forzosos (reconociendo implícitamente que en todos ellos se ejercen facultades de apreciación) contendrán como mínimo no sólo los datos relativos a los requisitos estrictamente reglados (servicios efectivos prestados en la Carrera y destinos y cargos desempeñados), sino también:

“3. Actividades profesionales relevantes por la complejidad o trascendencia de los asuntos.

4. Méritos científicos, como desempeño de tareas docentes, participación en Congresos y Seminarios y publicaciones de toda índole.

5. Cuantos otros datos resulten del expediente personal del interesado y favorezcan una valoración adecuada de la propuesta.”

Son estos conceptos relativos a la relevancia profesional, a los méritos científicos o a los datos que favorezcan la valoración adecuada de la propuesta los que integran los criterios objetivos con arreglo a los que debe resolverse objetivamente un ascenso, los cuales están tan lejos de constituir requisitos reglados como de responder a criterios subjetivos de oportunidad.

#### Conclusión.

Mi discrepancia con el fundamento decimotercero y con el fallo consiste en que entiendo que, dado que el informe del Consejo Fiscal fue desfavorable a la propuesta de los tres candidatos y que el acta demuestra que el informe que se transmitió a través de la deliberación al Fiscal General del Estado se fundó en una medida razo-

nable en obstáculos de carácter objetivo, relacionados con aspectos profesionales, la propuesta formulada por el Fiscal General del Estado fue nula, pues infringió el precepto del EOMF que obliga a formularla "conforme a los informes del Consejo Fiscal", lo que conlleva la nulidad del Real Decreto impugnado, pues el mismo se fundó en una propuesta nula que constituía su antecedente necesario.

En el caso de que se estimase que las objeciones formuladas a los candidatos lo fueron sobre aspectos subjetivos de oportunidad debería haberse considerado nulo el informe del Consejo Fiscal y, con él, la propuesta y el Real Decreto impugnado.»

## VOTO PARTICULAR

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«La sentencia que desestimó, por mayoría, el recurso contencioso-administrativo que nos ocupa, funda su razón de decidir en la interpretación de los artículos 13 y 36 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El parecer mayoritario expresado en la sentencia es, en esencia, el siguiente: que el Fiscal General del Estado ostenta la potestad de proponer los ascensos a la primera categoría (Fiscal de Sala del Tribunal Supremo) de los miembros de la Carrera Fiscal, sin que los informes del Consejo Fiscal vinculen al Fiscal General del Estado. Así, pues, según la tesis mayoritaria, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal exige para el ascenso a la primera categoría de la Carrera Fiscal el informe preceptivo del Consejo Fiscal, pero dicho informe no es vinculante. Sin embargo, en la redacción de la sentencia se hace referencia a una vinculación del informe "en cuanto a los aspectos reglados". Los informes no son meros dictámenes de idoneidad formal, puesto que los elementos de oportunidad y el contenido de la idoneidad misma son esenciales. Por otra parte, el Estatuto del Ministerio Fiscal no distingue los dos aspectos en que trata de escindir el informe la sentencia mayoritaria. La sentencia, expresando así el parecer de la mayoría de los Magistrados que compusieron el Pleno de la Sala juzgadora, ha acogido, en definitiva, la tesis contenida en el escrito de contestación a la demanda formulada por el Abogado del Estado, que interpreta la regla segunda del artículo 13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal recurriendo al apoyo de las normas generales de nuestro ordenamiento jurídico sobre el valor de los informes o dictámenes, con la conclusión (que toma del art. 83.1 de la Ley 30/1992) de que "salvo disposición expresa en contrario los informes serán facultativos y no vinculantes". El precepto legal en que se apoya la contestación a la demanda viene a reproducir el antiguo artículo 85.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, vigente cuando fue aprobada la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y que también se recoge, por ejemplo, en el artículo 2.3 de la LO 3/1980, de 22 abril, del Consejo de Estado. Así, pues, entiende la sentencia de la que, respetuosamente, se discrepa que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, con su escueta expresión "conforme", no tiene fuerza para vincular al Fiscal General del Estado en sus propuestas de ascenso de los miembros del Ministerio Fiscal a la primera categoría, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, salvo en aspectos meramente formales que ya vienen exigidos en la propia ley.

La tesis expresada, a nuestro juicio, no interpreta en términos correctos los artículos 13 y 36 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Dicha tesis, que pudiera parecer sólida, no lo es. Veamos: No cabe más interpretación de dichos preceptos legales que la que arroje objetividad a la hora de transmitir el sentido de la ley. Siendo ello así, nos encontramos con que desde el punto de vista de la literalidad de las palabras, la expresión "conforme a los informes" que emplea la regla segunda del artículo 13 del EOMF tiene este sentido: acorde con otro en un mismo dictamen, o unido con él para alguna acción o empresa (2.ª acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua). La interpretación gramatical, factible en Derecho, de

dicha regla legal, a nuestro entender, encauza la cuestión planteada y debatida y debiera prevalecer en el futuro sin riesgo de vicios de nulidad de pleno Derecho en las propuestas sucesivas de ascenso a la categoría primera en la Carrera Fiscal.

El dilema de si los informes del Consejo Fiscal, a efectos de ascenso a la primera categoría de la Carrera Fiscal, son simplemente preceptivos, pero no vinculantes, como es la tesis de la sentencia de la que, respetuosamente, discrepamos, o si son informes preceptivos y vinculantes, como se expresó en algunas intervenciones del Pleno, con apoyo en los trabajos parlamentarios de elaboración del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, constituye, a nuestro entender, un seudoproblema. El artículo 13, regla segunda, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal conduce, si se contempla desde aquella perspectiva, a una conclusión engañosa. Para superarla basta con poner de relieve que las normas generales sobre la vinculación de informes y dictámenes, que ha aducido con brillantez el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, son inaplicables al caso que se examina, como vamos a razonar en los siguientes fundamentos de derecho.

Para que un informe o dictamen pueda ser considerado vinculante es necesaria la existencia de una cierta separación entre el órgano que consulta y el órgano que asesora. Esa separación existe, por ejemplo, entre el Consejo de Estado y la autoridad externa que le consulta; o entre un Ministro y la Secretaría General Técnica. Pero discurrir sobre el carácter vinculante o cuasivinculante de un informe o dictamen pierde su razón de ser cuando la articulación entre el órgano que consulta y el *collegium* que asesora desaparece por formar el Jefe activo (el Fiscal General del Estado, en el caso que nos ocupa) parte integrante y relevante del colegio asesor (del Consejo Fiscal). En este caso desaparece la separación entre el órgano que consulta y el que asesora, sencillamente porque el primero participa en la decisión que deba tomarse: en el caso concreto al que nos estamos refiriendo, el Fiscal General del Estado contribuyó a formar la manifestación de juicio que dio contenido al acuerdo del Consejo Fiscal. Véase que en este caso la información, el asesoramiento o la supervisión, no se presta conforme al esquema clásico de dictámenes o informes dirigidos de "un órgano" a "otro órgano", sino que la manifestación de juicio —nos ceñimos al caso concreto— se formó mediante una íntima relación, razón por la cual no debe ser expresada ni siquiera en forma de dictamen. La doctrina ha decantado la técnica organizativa *staff and line*, citando los ejemplos de los órganos denominados "Estado Mayor", en la esfera militar, o la de los órganos denominados deliberantes, sobradamente conocidos en el Derecho Administrativo.

Una construcción dogmática de la naturaleza y las relaciones que existen entre el Fiscal General del Estado y los distintos órganos del Ministerio Fiscal que establecen los artículos 12, 15 y 16 del EOMF es muy rica. Teniendo esos preceptos en cuenta, obsérvese que la teoría del desdoblamiento funcional (*dedoublement fonctionnel*) sirve para explicar que el Fiscal General del Estado actúa, en algunas ocasiones, en cuanto tal, ostentando la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español (art. 22 EOMF); pero, sin perjuicio de ello, en otras ocasiones, el Fiscal General del Estado actúa integrado en el Consejo Fiscal (art. 14.1 EOMF), o integrado en la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo (art. 14.2 EOMF) y su voluntad individual se diluye al quedar enteramente integrada en la voluntad del Consejo Fiscal o en la voluntad de la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.

En el caso que se enjuicia, el Fiscal General del Estado actuó integrado en el Consejo Fiscal, cuyo órgano presidió y moderó. Participó, pues, en la ponderación y valoración de la idoneidad o no de los miembros del Ministerio Fiscal sobre los que había que hacer la manifestación de juicio. Esta competencia es propia del Consejo Fiscal —art. 14.1.d) del EOMF—. El Fiscal General del Estado formó parte del Consejo Fiscal, no en su dimensión de órgano individual o de Jefatura Superior, sino en la dimensión (desdoblamiento funcional) de miembro-Presidente del Consejo Fiscal, con las consecuencias que de inmediato se exponen.

Como ha quedado explicado, la relación funcional entre el Fiscal General del Es-



tado y el Consejo Fiscal no es de separación, sino de integración en un mismo órgano. El artículo 14.1 del EOMF establece que "el Consejo Fiscal se constituirá, bajo la presidencia del Fiscal General del Estado...", concluyendo dicho precepto que "sus acuerdos se adoptarán por mayoría simple, siendo dirimente el voto de su Presidente". Por consecuencia, la voluntad del Consejo Fiscal se forma mediante la participación, simultánea y en situación de igualdad, de todos sus miembros, en los debates de las sesiones.

Todos los miembros del Consejo Fiscal tienen la obligación legal de formar la voluntad del órgano, votando en la deliberación de sus informes o acuerdos, como se deduce del artículo 14.1 *in fine* del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal anteriormente transcrito. No queda liberado de esa obligación legal el Presidente del Consejo Fiscal, es decir, el Fiscal General del Estado, y ello no sólo por lo dispuesto en el artículo 14.1, citado, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sino también por imperio del mandato que se contiene en el artículo 24.1.c), párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El artículo 24.1.c) de la LRJPAC regula el ejercicio del derecho al voto de los órganos colegiados, y en su párrafo segundo establece lo siguiente: "no podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados". Si por imperio de la ley, todos los miembros de un órgano colegiado en quienes concorra la condición de ser autoridad tienen la obligación de votar, ninguno de los miembros del Consejo Fiscal, por tener todos ellos la condición de autoridad, puede abstenerse. Por ello el Fiscal General del Estado, al votar en las deliberaciones del Consejo Fiscal, *resulta vinculado al haber participado en la formación de la voluntad del órgano, que en el caso que nos ocupa fue una manifestación de juicio, tal como hemos dicho* (significamos que según el expediente administrativo hubo una abstención, pese al mandato legal de no abstención, la del Fiscal General del Estado, según pusimos de relieve en el acto de la deliberación del Pleno de esta Sala). Por esa especial vinculación (no por los argumentos que al respecto se dieron en la contestación a la demanda), alcanza su recto sentido la regla segunda del artículo 13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al decir que el Fiscal General del Estado propondrá al Gobierno los ascensos conforme a los informes del Consejo Fiscal. La obligación de que todos los miembros de un órgano colegiado de la naturaleza del Consejo Fiscal voten no es cosa nueva: el artículo 101.5 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (RD 1674/1980, de 18 julio), recogiendo una norma multisecular, dispone: "Si no pidiese la palabra ningún Consejero, se pondrá el dictamen a votación, no permitiéndose las abstenciones, salvo caso de inhibición legal".

La relación que se da entre el Presidente del Consejo Fiscal (el Fiscal General del Estado) y los restantes miembros del citado Consejo no se verifica sobre la base de informes o dictámenes formales, sino por la obligación de voto de todos los miembros del Consejo Fiscal, incluido, claro es, el del Fiscal General del Estado, quien con su voto contribuye a formar la voluntad definitiva del órgano en el que aparece integrado. En el presente caso, el Fiscal General del Estado se apartó de la voluntad del Consejo Fiscal, en cuya formación de voluntad había participado y a cuya voluntad había quedado vinculado. Este hecho relevante (separación artificial en dos órganos) se produjo mediante la abstención del Fiscal General del Estado en la votación, lo que supone una infracción del ordenamiento jurídico, que vicia de nulidad de pleno Derecho el acto final, el del Consejo de Ministros, que se produjo con vulneración del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, tal como argumenta y defiende la Asociación de Fiscales. El respeto debido a esta norma haría innecesaria una futura reforma legislativa.

Si, como se ha dicho, el Fiscal General del Estado no se puede abstener y tiene obligación de participar de los informes para los ascensos como parte integrante del Consejo Fiscal, se alcanza a comprender, con facilidad, la interpretación del artículo 13, regla segunda, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, como ya se ha in-

dicado. No es necesario buscar en él ninguna aclaración ulterior sobre su sentido. Proponer conforme a los informes implica, claramente, no apartarse de ellos, sin diferenciar en los mismos lo que la ley no ha diferenciado. Así lo expresa la primera acepción del Diccionario de María Moliner: "Se aplica a las cosas que se adaptan a otra cosa o a una situación o son como conviene o corresponde a ellas". La propuesta es conforme a los informes del Consejo Fiscal, como un plan de reformas es conforme a la realidad del país o un premio es conforme a los méritos de alguien (vid. Diccionario). Esa es la única interpretación factible, conforme al artículo 3.1 del Código Civil.

Pero también es la interpretación adecuada a la naturaleza de la Institución Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal es una Institución de relevancia constitucional, configurada en el artículo 124 CE, como defensor de los derechos de los ciudadanos, del interés público y de la legalidad. La Constitución garantiza al Ministerio Fiscal, mediante la técnica de la garantía institucional: por ello, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal respeta su imagen esencial. Dada la fecha en que se promulgó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, no resulta extraño que de alguna manera se acomode a la derogada Ley Orgánica 1/1980, del Consejo General del Poder Judicial, al que se ha propuesto volver por algún sector doctrinal. Esta ley orgánica inicialmente establecía un modelo de autogobierno mayoritariamente profesional o corporativo de la Carrera Judicial. Dicha ley orgánica constituía el Consejo General del Poder Judicial mediante la elección de 12 de sus 20 miembros entre Jueces y Magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales (art. 8.º). La semejanza, pues, con el Consejo Fiscal que contempla el Estatuto vigente de la Carrera Fiscal es obvia, ya que en éste también se eligen 9 de sus 12 miembros entre todos los miembros de la Carrera Fiscal en activo. El paralelismo entre ambas carreras es evidente asimismo al integrarse el Ministerio Fiscal, con autonomía funcional, en el Poder Judicial (art. 2 EOMF). Pues bien, estando las categorías de la Carrera Fiscal equiparadas a las de la Carrera Judicial (art. 34 EOMF, artículo redactado conforme a la disposición adicional novena de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no es extraño que el Consejo Fiscal, integrado democráticamente por miembros de la Carrera Fiscal, haya recibido potestades semejantes a las que tenía el Consejo General del Poder Judicial en 1980, para elegir Magistrados del Tribunal Supremo (art. 31.3.º de la LO 1/1980, derogada expresamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero que a los efectos de nuestro razonar es expresivo apoyo), ya que los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo están equiparados a los Magistrados de este Alto Tribunal (art. 34.1 del EOMF).

No puede invocarse, en fin, el derecho comparado en detrimento de la interpretación de las funciones del Consejo Fiscal que se acaban de defender. El sistema español del Ministerio Fiscal se aproxima a la configuración francesa de esta Institución. Sería superficial afirmar que en Francia la situación del Ministerio Fiscal es de dependencia del Gobierno. La configuración más bella de esta Institución, válida para el artículo 124.1 de nuestra Constitución de 1978, se hizo, precisamente, en la Revolución Francesa, que definió al Fiscal como *órgano impasible de la ley, a la vez que agente de tutela de la sociedad*. En Francia, el Ministerio Público está confiado a Magistrados, lo que manifiesta la unidad sustancial del Poder Judicial, garantizando la misma independencia al Fiscal (*Magistrat du parquet*) que al Juez (*Magistrat du siège*). Ciertamente que en Francia los Fiscales se rigen por el principio de jerarquía y subordinación al Ministro de Justicia, pero debe repararse en que el Fiscal debe aplicar la ley con independencia; de ahí la existencia de correctivos esenciales, entre el que cabe destacar el de la transversalidad: la posibilidad de pasar del *parquet* al *siège*, la libertad esencial en la palabra y el de un prestigio excepcional. Como vemos, en el Derecho comparado encontramos muestras de correctivos necesarios a la unidad jerárquica en la cúpula (Jefe Superior-Gobierno). En España, el papel del Consejo Fiscal de informar los ascensos a la primera categoría junto con su Fiscal General del Estado, llevando al Gobierno la voluntad del Consejo, es uno de esos correctivos que, de vulnerarse, vician de nulidad el acto de ascenso de un miembro de la Carrera Fiscal a la expresada categoría, en los términos dichos.

Todo lo razonado conduce, en nuestra opinión, a tener que estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Fiscales contra el Real Decreto 814/1997, por el que promueve a la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo a don Eduardo F. B. y se le nombra Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

No existen méritos para una imposición de costas (art. 131.1 LJCA).»

#### VOTO PARTICULAR

Que formulan los Excmos. Sres. Magistrados D. Claudio Movilla Alvarez y D. Segundo Menéndez Pérez en el Recurso número 454/1997 interpuesto por la Asociación de Fiscales contra el Real Decreto 814/1997, de 30 de mayo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo a don Eduardo F. B. Y se le nombra Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

Los Magistrados que suscriben, expresando su máximo respeto a la resolución mayoritaria, creen necesario exponer su posición discrepante con la misma mediante el presente voto particular, que se atiene a los argumentos que, objetivamente, se expusieron en el Pleno de la Sala Tercera en el acto de deliberación, votación y fallo del recurso, actos procesales que tuvieron lugar el día 27 de marzo del año en curso. Discrepancia que se fundamenta en los siguientes argumentos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Nada sustancial hay que oponer a los fundamentos de derecho primero a tercero, ya que en ellos se identifica el acto administrativo objeto de impugnación, se hace referencia a las argumentaciones de la parte recurrente y de las codemandadas y se relata, conforme a los datos existentes en el expediente, la reunión del Consejo Fiscal de 27 de mayo de 1997 en la que, entre otras cuestiones, se emitió el informe, o mejor, los informes, para el ascenso a Fiscal de Sala y Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de los tres candidatos que se habían presentado, entre ellos el ahora codeemandado don Eduardo F. B.

Únicamente debe hacerse una puntualización acerca de la identificación, equivocada, que se hace entre requisitos reglados y criterios objetivos, confusión que luego lastra el discurso argumentativo en otros fundamentos de la sentencia.

Los únicos requisitos estrictamente reglados y de verificación automática son los establecidos en el artículo 37.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF), que exige para el ascenso a la categoría primera, Fiscales de Sala, veinte años de servicio en la Carrera y pertenecer a la categoría segunda, datos éstos de carácter desde luego objetivo pero que pueden ser constatados mediante certificación del expediente personal del funcionario y que no es de pensar exijan una reunión del Pleno del Consejo Fiscal. La valoración de este órgano tiene que ser también objetiva, no caprichosa, arbitraria o inmotivada, haciendo referencia a la cualificación profesional y preparación técnica del informado, y también a otras condiciones adecuadas al objeto de la propuesta. El artículo 19 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo Fiscal aprobado por Acuerdo del Pleno de dicho Consejo de 20 septiembre 1983, dice que los informes sobre ascensos no reglados deberán contener "como mínimo" los siguientes datos: 1.º) servicios efectivos prestados en la Carrera; 2.º) destinos y cargos desempeñados; 3.º) actividades profesionales relevantes por la complejidad y trascendencia de los asuntos; 4.º) méritos científicos...; 5.º) *cuantos otros datos resulten del expediente personal del interesado y favorezcan una valoración adecuada de la propuesta.*

El informe del Consejo Fiscal, aunque condicionado por la propia naturaleza del acto que debe conformar, es indudable que a través de las opiniones de sus componentes no sólo hace referencia a la capacidad profesional y científica del señor F.,

sino que señala otros datos que indudablemente pueden y deben ser tenidos en cuenta en la propuesta de ascenso.

La sentencia de la que se discrepa, aunque con algunos matices, reconoce que la decisión del Consejo Fiscal "fue la de no considerar idóneo para el ascenso al candidato después propuesto por el Fiscal General", proposición posteriormente aceptada por el Gobierno en el nombramiento objeto de impugnación. La cuestión, pues, fundamental en el presente recurso es decidir si la propuesta del Fiscal General en contra de lo previamente acordado por el Consejo Fiscal y el nombramiento por el Gobierno cumplen o no las exigencias del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

No cabe duda, como se dice en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, que la cuestión decisiva es la interpretación que debe darse a la expresión "conforme" que recoge el artículo 13.2.º del EOMF al referirse a la competencia del Fiscal para proponer al Gobierno los ascensos a las diversas categorías del Ministerio Fiscal, siendo de señalar que donde esos informes tienen verdadera trascendencia es en el ascenso a la categoría primera, ya que en los demás supuestos (art. 37.2.º y 3.º del EOMF) el criterio decisivo único es el de la antigüedad (al margen del ascenso a través de pruebas selectivas que, hasta el momento, no han tenido realización).

Una interpretación en la que no debe utilizarse solamente el dato gramatical, sino también los otros criterios tradicionales de interpretación como el lógico, sistemático e histórico.

Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa el dato semántico tiene indudable trascendencia si se compara con la anterior redacción sobre la eficacia de los acuerdos del Consejo Fiscal. En el EOMF de 21 junio 1926 los acuerdos de aquel órgano, cuya composición tenía muy poco que ver con cualquier principio democratizador, tenían siempre, conforme al artículo 22, párrafo cuarto, "carácter de informe", y el Presidente resolverá lo que estime pertinente, si bien cuando su resolución no estuviera conforme con la opinión de la mayoría del Consejo no será ejecutoria sin que el Ministro de Gracia y Justicia, a quien se le comunicarán las dos opiniones razonadas, la confirme mediante Real Orden. Entre esos "acuerdos" estaban los referentes a ascensos (núms. 3 y 4 del citado art. 22), en los que no ofrece duda su naturaleza de informe no vinculante resolviendo la solución de la discrepancia en el Ejecutivo.

La expresión que ahora utiliza el artículo 13.2.º es que la propuesta al Gobierno para los ascensos debe hacerse conforme a los informes del Consejo. Al margen de que la interpretación más común del vocablo "conforme" en relación a la eficacia de los informes emitidos por el órgano informante es que el destinatario de aquéllos debe conformarse a la propuesta del asesor, debe ejercitar su competencia de acuerdo con el informe, queda vinculado en su actuación por el parecer del órgano asesor, no cabe duda que la comparación de la actual redacción del artículo 13.2.º del Estatuto de 30 diciembre 1981 con la del año 1926 tiene que llevar a la conclusión de que la expresión "conforme" no tiene nada de equívoca y el único significado posible que cabe atribuirle es que en las propuestas de ascenso a la categoría primera a realizar al Gobierno por el Fiscal General, éste no puede apartarse del previo acuerdo que haya adoptado el Consejo Fiscal.

Si del elemento gramatical pasamos al criterio lógico vemos que iría contra elementales principios de economía normativa que el legislador, en una materia de tanta importancia como ésta y cuya trascendencia en el futuro no podían desconocer los representantes de la soberanía popular —como se demuestra con la introducción de un nuevo apartado, el *d*), en el artículo 14.1 al paso de la norma por el Senado—, hubiera utilizado dos ordinales del artículo 13 para referirse a los informes a emitir por el Consejo Fiscal en las propuestas de nombramientos para distintos cargos y en las de ascenso. Si en el apartado 1.º del artículo 13 se dice que la propuesta para nombramientos necesita el previo informe del Consejo Fiscal y en el apartado 2.º que las propuestas al Gobierno para los ascensos serán conforme a los informes del Consejo, constituiría un injustificado ejercicio de desconfianza hacia la capacidad de discurso del legislador estimar que esa separación en la ordenación

y esa diferencia en la expresión no tenían ningún significado y que se quería decir la misma cosa en uno y otro supuesto, desconfianza en el buen sentido del legislador que se acentúa al estimar que tampoco tiene consecuencia alguna la distinción que hace el artículo 14 entre la competencia de audiencia del Consejo Fiscal en las propuestas para el nombramiento de los diversos cargos y la elaboración de informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal, informes que, como se deja señalado con anterioridad, no pueden reducirse a la simple constatación de los datos del expediente personal, sino que deben referirse a otras circunstancias profesionales y personales del candidato que configuren la necesaria idoneidad para la categoría.

Desde el punto de vista interpretativo sistemático tampoco es posible llegar a la solución a que se llega en la sentencia ni a la interpretación de la expresión “conforme”.

Es cierto que en otros supuestos recogidos en el propio Estatuto —traslado forzoso por las causas especificadas en el artículo 40 o para la sanción disciplinaria de separación del servicio que aparece en el artículo 67.3.— se emplea la expresión “previo informe favorable” como definidor de la vinculación de la resolución del órgano decisor a la opinión antecedente del Consejo Fiscal.

Pero estas diferencias en las expresiones empleadas, que no tienen nada de excepcional y que pueden encontrarse en otros muchos textos legales, no tienen relevancia alguna cuando el vocablo cuestionado reviste la necesaria claridad exigible en el lenguaje jurídico.

Mayor importancia tiene el determinar si esa eficacia vinculante del informe del Consejo Fiscal, que, por supuesto, sólo afectará al Fiscal General ya que el Gobierno podría no aceptar la propuesta de aquél, no está en disonancia y encaja sistemáticamente con la nueva organización de la Carrera Fiscal y con las funciones que se confieren al Consejo Fiscal.

El artículo 13 del EOMF dice que el Fiscal General del Estado estará asistido en sus funciones, entre otros órganos, por el Consejo Fiscal, expresión aquélla de la que se extrae en la sentencia la conclusión, en nuestra opinión incorrecta, de que las funciones del Consejo “quedan constreñidas al asesoramiento y la asistencia del Fiscal General y a la resolución de los recursos interpuestos por los Fiscales Jefes en los expedientes disciplinarios”, limitación de funciones que encuentra justificación en no tener que asumir, a diferencia del Fiscal General, responsabilidad alguna al margen de la prevista para los demás miembros de la Carrera Fiscal en el Capítulo VII del Título III del propio Estatuto.

Estas afirmaciones no son, con todos los respetos para la opinión mayoritaria, correctas. La función de asistencia no hay que entenderla como confinada al ámbito del asesoramiento, y en la propia sentencia de la que se discrepa, fundamento jurídico sexto, se hace referencia a facultades decisorias como son la resolución de recursos en materia sancionadora. El vocablo “asistencia” hay que entenderlo tras el análisis del Estatuto como sinónimo de “colaboración”, de unión de actividades y funciones en orden al funcionamiento correcto de la institución del Ministerio Fiscal.

Las funciones que en el Estatuto se atribuyen al Consejo Fiscal en razón de la nueva configuración que se hace de dicho órgano son de muy variada naturaleza y en unos casos tienen carácter estrictamente asesor —art. 14.1.b)—; en otros constituyen verdaderos actos administrativos, como es el supuesto de la resolución de recursos en materia disciplinaria —art. 14.1.e)—; hay otros supuestos en que la actividad informativa no tiene carácter vinculante para el órgano destinatario —art. 13.1.—; y, por último, hay casos en que dicho informe tiene carácter vinculante —separación del servicio, traslado forzoso y, en nuestra opinión, ascensos en la Carrera: artículos 67.3, 40 y 13.2.º, en relación con el 14.1.d) y el 37 del Estatuto—.

Tampoco es cierto que la no vinculación al informe del Consejo Fiscal en materia de ascensos encuentra justificación en su falta de responsabilidad, al margen de la común a los demás miembros de la Carrera Fiscal. Y no lo es porque los compo-

nentes del Consejo, al menos sus miembros electivos y aunque no estén ligados por mandato imperativo (art. 10 del Real Decreto 437/1983, de 9 febrero), tienen una responsabilidad difusa ante quienes les han elegido y ante las asociaciones o colectivos que les han propuesto. Por otra parte, no tiene apoyo alguno normativo la identificación que se hace entre ámbito competencial de una persona o un órgano y su responsabilidad política, al tratarse de conceptos conceptualmente muy diferentes y que no están ineludiblemente condicionados.

Resulta contradictoria esa invocación a la ausencia de responsabilidad (política) del Consejo Fiscal en los casos de informe para ascensos cuando no se cuestiona la competencia decisoria de dicho órgano en materias de tanta trascendencia como son la separación del servicio por sanción disciplinaria o el traslado forzoso en los supuestos que recoge el artículo 40 del Estatuto, en los que la apreciación y valoración de datos y circunstancias justificativas del traslado no tienen carácter automático y sí mucho de discrecional.

Desde una valoración sistemática del Estatuto y de la configuración institucional del Ministerio Fiscal no existe obstáculo alguno para que el Consejo Fiscal, uno de los órganos del Ministerio Fiscal, tenga atribuida una competencia decisiva en materia de ascensos, al no ser contradictoria con la regulación constitucional ni con los principios básicos de funcionamiento de la Institución.

En la sentencia se hace invocación (fundamento jurídico octavo) a los principios de legalidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica para considerar únicamente como vinculante para el Fiscal General del Estado el informe del Consejo Fiscal en cuanto se refiera a criterios reglados para el ascenso, mientras que los discrecionales o de oportunidad no restringen ni limitan la facultad de propuesta del candidato que, reuniendo los requisitos legales de acuerdo con dicho informe, considere más idóneo el proponente.

Con todos los respetos para la sentencia de la que se discrepa, esa llamada a los principios constitucionales de legalidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica y la consecuencia reduccionista de las competencias del Consejo Fiscal en materia de propuestas para el ascenso nos parece un salto en el vacío en la lógica del discurso argumentativo sin ninguna apoyatura normativa.

El principio de legalidad significa, conforme al artículo 6.º del EOMF, el sometimiento del Ministerio Fiscal a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, con rechazo de los criterios de oportunidad en su actuación, principio que se complementa con el de imparcialidad que se recoge en el artículo 7.

Los principios de unidad y de dependencia jerárquica tienen un sentido instrumental y están siempre subordinados a la legalidad y la imparcialidad. Esa unidad de actuación se instrumenta mediante la prevalencia del criterio del Fiscal Jefe o, en su caso, del Fiscal General del Estado (arts. 22 y 55 del Estatuto) por encima del sostenido por las diversas Juntas de Fiscalía.

Pero esos principios constitucionales y legales que hacen referencia a las funciones y atribuciones del Ministerio Fiscal nada tienen que ver con el conferimiento de una competencia informativa vinculante al Consejo Fiscal en materia de ascensos en la Carrera Fiscal. Aquí ya no estamos en presencia de aspectos atinentes al funcionamiento y actuación del instituto, sino de materia organizativa y de selección para la categoría más relevante de la Carrera, en la que el legislador, en una opción claramente constitucional, ha creído conveniente dar una intervención decisiva al órgano más representativo dentro de la Carrera Fiscal. Una opción que, por otra parte, no tiene nada de injustificada o irrazonable, sino que va de acuerdo con la nueva relevancia que se le pretendió dar a dicho órgano en razón de su configuración democrática, al estar representadas en él mediante el procedimiento electoral las diversas categorías de la Carrera. No parece nada incongruente ni contradice los principios informadores del Ministerio Fiscal el conferirle esta potestad de propuesta, para garantizar el mayor acierto en la selección de quienes van a desempeñar los puestos de mayor importancia y responsabilidad, sin que esto desvirtúe ni deteriore

el principio de unidad de dirección que corresponde al Fiscal General del Estado, que afecta a los aspectos funcionales del Ministerio Fiscal y sin que pueda olvidarse que siempre quedaría en la libre decisión del Fiscal General la propuesta para el nombramiento de los diversos cargos.

La interpretación del precepto y expresión cuestionados, desde el punto de vista histórico, también debe conducir a una solución contraria a la acogida en la sentencia de la que se discrepa.

Esta llamada al dato historicista se bifurca en una doble dirección. De una parte, no puede olvidarse que el Estatuto del Ministerio Fiscal se promulga en un nuevo clima político y en un marco constitucional que nada tienen que ver con el existente cuando nace el Estatuto del año 1926, dictadura de Primo de Rivera, ni con el sistema de poder franquista en el que estuvo vigente. Ciertamente los preceptos constitucionales referentes al Ministerio Fiscal no exigían ineludiblemente una regulación de aquél y, en particular, del Consejo Fiscal, como la que aparece en el Estatuto de 1981. Pero no lo es menos que los ingredientes democratizadores y el principio participativo de que es tributario el texto constitucional permitían y legitimaban una opción como la tomada por el legislador orgánico, que en definitiva, y respetando los principios constitucionales, viene a modular y corregir la antes absoluta preeminencia del Ejecutivo y del órgano nombrado por éste, el Fiscal General del Estado, dando unas mayores competencias y atribuciones al único órgano que por el sistema de designación de la mayoría de sus componentes aparece como representativo de las distintas sensibilidades y opciones existentes en la Carrera Fiscal.

De otra parte, no puede olvidarse que la práctica constante a lo largo de estos dieciséis años de vigencia del Estatuto de 1981 ha sido el entender, tanto por el Gobierno como por el Fiscal General del Estado, que el informe del Consejo Fiscal en materia de ascensos tenía un carácter vinculante para la propuesta que debía formular al Gobierno el Fiscal General. Y cuando, en algún caso concreto, el Ejecutivo no mostró conformidad con la propuesta, la solución que se alcanzó fue la formulación de una nueva propuesta de candidato, pero habiendo obtenido previamente el asentimiento del Consejo Fiscal. Resulta muy difícil aceptar que lo que durante tantos años no provocó ninguna clase de conflicto pueda quedar desvirtuado con una interpretación de la expresión "conforme" que no tiene apoyo alguno de carácter semántico ni jurídico.

En el fundamento décimo de la sentencia de la que disintimos se hace alusión al Real Decreto 437/1983, de 9 febrero, por el que se regula la constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, que en su artículo 3.4.º dispone que es competencia del Consejo en Pleno "ser oído respecto del nombramiento de los diversos cargos y para el ascenso de los miembros de la Carrera Fiscal que no sean automáticos y reglados", entendiendo la sentencia que este precepto realiza un entendimiento correcto de los artículos 13 y 14.1 del EOMF al interpretar la expresión "conforme" con el alcance de vinculación negativa de la propuesta del Fiscal General del Estado con el informe del Consejo Fiscal *en cuanto a los criterios reglados para el ascenso*.

Con todos los respetos para el parecer de la mayoría, de nuevo se está realizando un salto en el vacío del discurso argumentativo. No sólo porque el "ser oído" no significa que el informe del Consejo Fiscal deba quedar reducido a la constatación de la antigüedad en la Carrera y la pertenencia a la categoría segunda, para lo que bastaría, hay que insistir en ello, la simple consulta al expediente personal del candidato, sino porque la citada expresión "ser oído" nada prejuzga en cuanto a la eficacia vinculante o simplemente asesora de la audiencia. No sabemos cuáles fueron los propósitos políticos del Gobierno al utilizar la referida expresión, pero la única interpretación posible dentro del respeto al principio de jerarquía normativa, consagrado a nivel constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución, es entender que en materia de ascensos la propuesta al Gobierno del Fiscal General debe estar conforme con el informe del Consejo Fiscal, no sólo en cuanto a los requisitos reglados, que no son sino los del artículo 37.1 del Estatuto Orgánico, sino también aquellos otros de índole profesional o personal del candidato que configuren su idoneidad para el ascenso.

Resumiendo lo que se deja expuesto, se llega a las siguientes conclusiones:

- a) El informe del Consejo Fiscal no queda circunscrito a la existencia o no de los requisitos reglados a que hace referencia el artículo 37.1 del Estatuto Orgánico, para lo que bastaría una simple certificación del expediente personal, sino que debe comprender otros aspectos reveladores de la idoneidad para el ascenso.
- b) El Consejo Fiscal en el Estatuto Orgánico de 1981 tiene unas funciones y competencias muy diferentes de las que tenía en la normativa derogada.
- c) El único entendimiento posible de la expresión "conforme" del artículo 13.2.º del Estatuto, en relación con los 14.1.d) y 36.1 del mismo Texto Legal, de acuerdo con criterios de interpretación gramatical, lógico, sistemático e histórico, es que la propuesta del Fiscal para ascensos a la categoría primera de la Carrera Fiscal tiene que seguir el parecer previamente emitido por el Consejo Fiscal.
- d) Esta competencia de dicho órgano no está en contradicción con ninguno de los principios constitucionales y legales (legalidad, imparcialidad, unidad y dependencia) que configuran el Ministerio Fiscal.
- e) Los datos históricos de la nueva regulación del Consejo Fiscal y la práctica seguida por el Gobierno y el Fiscal General a lo largo de estos dieciséis años llevan a una solución contraria a la seguida en la sentencia.
- f) El principio de jerarquía normativa exige que la expresión "ser oído" que aparece en el artículo 3.4.º del Real Decreto 437/1983, de 9 febrero, debe ser interpretada en cuanto a informes y ascensos en el sentido de que la propuesta al Gobierno del Fiscal General no puede apartarse de lo previamente acordado por el Consejo Fiscal.

En consecuencia, los firmantes de este voto particular, con todo respeto para el voto mayoritario, entienden que debía anularse el Real Decreto 814/1997, de 30 mayo, por el que se promovió a la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo a don Eduardo F. B. y se le nombró Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, al haberse propuesto por el Fiscal General del Estado en contra del parecer unánime del Consejo Fiscal.» (*Sentencia de 13 de abril de 1998, Pleno, Ar. 7521.*)

## IX. RESPONSABILIDAD

A) *Funcionamiento anormal. Alumno que es obligado a matricularse de nuevo y repetir COU por error en la notificación de una asignatura.*

«El presente recurso de apelación tiene por objeto la verificación de la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la cual fue parcialmente estimado el Recurso número 263/1988, reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado y la subsiguiente indemnización de un millón de pesetas, en razón de que un Instituto de Bachillerato a Distancia participó a la recurrente que había suspendido la asignatura de COU, Filosofía, en el curso de 1983/1984, siendo así que en la certificación académica oficial constaba aprobada, lo que determinó que hubiera de matricularse otra vez en COU, en el año escolar 1984/1985, demorando, en consecuencia, un año su ingreso en la Universidad.

El señor Abogado del Estado, a la sazón apelante, manifiesta, en el escrito de alegaciones, que "no procede indemnización alguna y quizás únicamente la derivada de los gastos de matrícula del curso 1984/1985", porque el daño, consecuencia del funcionamiento de los Servicios Públicos, ha de ser, según exige el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualiza-



do, cuyas características no concurren en el supuesto enjuiciado, pues se solicitan daños en una cantidadalzada y son reconocidos sin que hayan sido debidamente justificados o acreditados, todo ello al margen, se añade, de que los daños han de entenderse causados en 1984 y, por ende, la indemnización debe ser mucho menor en contemplación de la fecha en que es señalada.

Las alegaciones formuladas, que dejamos resumidamente expuestas, para alcanzar la petición revocatoria, están desprovistas de fundamento, por cuanto en primer lugar y como se razona cumplida y ampliamente en la sentencia impugnada, resulta evidente la concurrencia de un funcionamiento anormal del Servicio Público que se presta en el Instituto, cuando se entregan boletines de notas o papeletas a los alumnos (las cuales son en la práctica diaria las que ponen en conocimiento de éstos el resultado de los exámenes, aunque la validez oficial se acredite con la correspondiente certificación académica), que suponen el suspenso en concreta asignatura, siendo así que figuraba aprobada en la correspondiente acta oficial, cuya irregularidad determinó la repetición del COU en el curso siguiente y la obligada demora de un año en el acceso a la Universidad.

La temática litigiosa, concurrente pues el funcionamiento anormal del Servicio Público, se desplaza en consecuencia a la verificación de la efectividad, individualización y justificación, puesta en duda por el apelante, pero si ponderamos las obligaciones, para la recurrente, repetición del curso de COU y demora del acceso a la Universidad, en modo alguno cabe negar la concurrencia de los requisitos que exige el precitado artículo 40, toda vez que el daño es efectivo, concreto, individualizado y evaluable económicamente, no especulativo o dudoso, sin que tenga que ser soportado por el reclamante, y por ello el verdadero problema radica cabalmente en la correcta cuantificación de la indemnización procedente, la cual, como venimos reiteradamente declarando, tiene un cierto componente subjetivo que ha sido correctamente aplicado por la Sala de primera instancia, al rechazar la computación orientativa de las retribuciones laborales de los titulados superiores, para fijar una cantidad alzada, *comprendiva de todos los daños y perjuicios causados, incluidos los gastos de matrícula del curso 1984/1985, que desde luego ha de ser considerada como razonable y ponderada para compensar aquéllos, debiendo en fin advertir que tampoco debe llamar la atención el quantum indemnizatorio señalado por haberse causado los perjuicios en el año 1984, puesto que aquél ha de servir también y al propio tiempo para la actualización de la cantidad que en aquel entonces hubiera correspondido.*» (Sentencia de 13 de octubre de 1998, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 7822.)

## B) *Nexo causal.*

1. *No existe nexo causal en supuesto de suicidio de un interno en Hospital Psiquiátrico. Falta de anormalidad en el servicio al haberse cumplido el estándar de asistencia médica ordinaria.*

«No es obstáculo a la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de fallecimientos de internos en establecimientos penitenciarios por obra de otra persona —o, en el caso que examinamos, por su propia voluntad suicida— el carácter directo, inmediato y exclusivo con que la jurisprudencia viene caracterizando el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión, pues, como afirma la Sentencia de 25 enero 1997, entre otras, la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes (aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización).

Así sentados los principios que deben informar la valoración que esta Sala debe realizar, la conclusión a que llegamos es la de que no ha existido, o al menos no se ha demostrado en grado suficiente, la concurrencia de un elemento de anormalidad en el servicio público prestado, hecho que determina por sí mismo, como puede inferirse de los anteriores razonamientos, la estimación del recurso de casación interpuesto y la desestimación de la demanda deducida en la instancia por no existir responsabilidad patrimonial imputable a la administración penitenciaria del Estado.

La sentencia de instancia induce la existencia de un elemento de anormalidad afirmando que el suicidio del interno demuestra, al menos, la existencia de una *culpa in vigilando* (negligencia en el deber de vigilar a otras personas). No podemos compartir esta tesis. Si, como parece, la sentencia aplica esta expresión latina a la apreciación de una deficiente vigilancia del enfermo por parte del servicio penitenciario, debemos partir de que la persona se encontraba gravemente afectada y con una tendencia al suicidio muy acusada, y que en definitiva fue ella la que se causó la muerte por su propia voluntad.

El único posible elemento de anormalidad existente debería buscarse: a) en la hipotéticamente defectuosa vigilancia a que fue sometido el enfermo, o b) en las hipotéticamente defectuosas condiciones de la celda en que fue confinado.

a) Los hechos que considera la sentencia de instancia sólo permiten afirmar que la vigilancia a que se sometió el enfermo no era continua de modo absoluto, aunque sí tenía un grado de intensidad muy elevado, como demuestra el hecho de que fuera sorprendido cuando el intento de suicidio por ahorcamiento no había sido consumado, hasta el extremo de que fue posible salvarle temporalmente la vida hasta que falleció semanas después. Esta Sala no puede afirmar —por cuanto, al menos, la sentencia no ha valorado prueba alguna que pueda llevar al convencimiento de ello— que un adecuado tratamiento de la persona afectada exigía o hacía cuando menos aconsejable, en un estándar de asistencia médica ordinario, prestar una vigilancia absolutamente ininterrumpida, bien mediante atención directa de una o varias personas o mediante el auxilio de medios técnicos, y ni siquiera tiene la certeza de que ello fuera posible, o que existan otros medios alternativos para evitar la tentativa de suicidio que hubieran sido útiles —evitando la sujeción mecánica, que no parece difícil aceptar que razones de humanidad aconsejan limitar a momentos extremos— al menos en el año (1989) en que se produjo el fallecimiento. Ciertamente, podría inducirse del hecho de que el funcionario que descubrió el intento de suicidio estaba recogiendo los encargos del economato la consecuencia de que no se dedicaba de manera exclusiva a la vigilancia, pero tampoco observamos que exista una incompatibilidad entre una labor de vigilancia —si no se exige con carácter absolutamente ininterrumpido— y la función de recibir o transmitir encargos a los enfermos y aun pudiera pensarse justamente que es aconsejable que ambas funciones recaigan en las mismas personas.

b) El segundo elemento del que pudiera extraerse una conclusión sobre la existencia de anormalidad en el servicio radicaría en la configuración de la celda o en la existencia en la misma de instrumentos que pudieran favorecer los intentos de suicidio. Sin embargo, observamos que el instrumento directamente utilizado —una sábana— no parece especialmente idóneo para una tentativa de ahorcamiento y, por el contrario, constituye en elemento natural, aparentemente inofensivo, para el descanso de cualquier persona, especialmente si se halla enferma. La sábana fue colgada o atada de la cadenilla de la contraventana superior de la celda, y pudiera también pensarse que dicho elemento debía haber sido retirado de la celda. La forma en que se califica dicha cadena, sin embargo, nos inclina a creer que por su aparente inconsistencia no constituía un elemento suficiente para sustentar el peso del cuerpo humano en una tentativa de suicidio, sino instrumento adecuado para permitir la ventilación de la celda sin facilitar peligrosas salidas por la ventana. Tampoco en este punto se ha apreciado por la Sala de instancia la existencia de prueba alguna acreditativa de lo contrario o de la conveniencia de haber sustituido dicho elemento por otro menos peligroso.

No se advierte, finalmente, en los hechos que ha tenido en cuenta la Sala de instancia —independientemente de la valoración jurídica realizada para integrar el argumento jurídico indemnizatorio— cualquier otro elemento de anormalidad en el servicio, por lo que la conclusión lógica, como se ha adelantado, es que ésta no puede ser apreciada.» (*Sentencia de 5 de mayo de 1998, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4625.*)

2. *Falta de nexo causal. La responsabilidad objetiva no puede derivar en un sistema providencialista. Teoría de la causalidad adecuada.*

«Articula el recurrente en casación dos motivos, el primero por infracción del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; 120, 121, 122 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa; 133, 134 y 135 de su Reglamento, y 106, 24 y 103 de la Constitución, y el segundo por infracción del artículo 1902 del Código Civil y Jurisprudencia que la interpreta.

En primer lugar hemos de señalar que la invocación que se efectúa del artículo 1902 del Código Civil y la Jurisprudencia que la interpreta resulta improcedente por carecer dichos preceptos de relación alguna con la cuestión debatida, que se mueve en el ámbito de las relaciones particular-Administración reguladas por el Derecho Administrativo y no en la esfera de las relaciones privadas reguladas por el Derecho Civil; en consecuencia, el motivo segundo debió ser inadmitido al amparo del artículo 100.2.b) de la Ley Jurisdiccional, lo que en este momento se transforma en causa de desestimación.

En cuanto al primer motivo debe en primer lugar rechazarse la invocación que se hace de los artículos 24.1 y 103 de la Constitución, por cuanto el segundo manifiestamente no guarda relación alguna con la sentencia de instancia ya que se refiere al actuar de la Administración Pública y los principios que deben regirla, cuestiones por tanto ajenas a la sentencia que constituye el único objeto de crítica en el recurso que nos ocupa, y el artículo 24 claramente en modo alguno implica el derecho a obtener una sentencia favorable, sino sólo una sentencia fundada jurídicamente, extremo éste que no se cuestiona.

Pasando ya al análisis del núcleo de la cuestión debatida, la existencia o no de responsabilidad patrimonial de la Administración en la producción de las lesiones sufridas por el hoy recurrente, hemos de destacar que uno de los requisitos esenciales para que tal responsabilidad se produzca y pueda ser apreciada es el del nexo causal entre el actuar de la Administración, en este caso la prestación del servicio público del aeropuerto, y el resultado dañoso producido.

En el supuesto de autos, como cuestión previa, hemos de destacar que en modo alguno ha quedado probada la forma en que se originan las lesiones. Parece claro que éstas se produjeron dentro de las instalaciones del aeropuerto, pero a la hora de concretar la forma en que dichas lesiones se produjeron aparece ya una cierta confusión, pues mientras en unos casos se afirma que lo fue bajando por unas escaleras metálicas que conducen desde el edificio del aeropuerto al avión y que unas veces se afirma son "rodantes" (escrito del recurrente de 30 de mayo de 1987) en tanto que otras veces se omite toda referencia a esta característica técnica (escrito de reclamación en vía administrativa de 1 de diciembre de 1986), en otros se dice que la lesión se produjo bajando la escalerilla del avión (escrito de 24 de noviembre de 1986 de la empresa para la que trabajaba el recurrente), y en otros terceros se afirma que el accidente se produjo al caerse el recurrente en la escalera de llegadas nacionales, según manifestaciones de aquél al Director del aeropuerto (escrito de 7 de enero de 1986).

Pese a tales imprecisiones en cuanto a la forma y lugar de producirse el accidente lesivo, el recurrente pretende fundamentar su recurso en el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración que le lleva a entender que ésta viene

obligada a indemnizar por el solo hecho de que aquél haya ocurrido en el recinto del aeropuerto; sin embargo, esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse, ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y, en consecuencia, ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, hay que reconocer con la doctrina que el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo —y así ocurre en el presente caso— se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final. De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima

y verdadera del daño (*in iure non remota causas, sed proxima spectatur*). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de Fuerza Mayor.» (*Sentencia de 5 de junio de 1998, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 5169.*)

### 3. *Nexo causal derivado de «culpa in vigilando».*

«Las circunstancias concurrentes en el recurso que enjuiciamos nos conducen necesariamente a examinar si en los hechos ha existido la concurrencia de una relación causal entre el actuar de la Administración y el hecho luctuoso acaecido. El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo, y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios.

Aplicado al caso enjuiciado lo precedentemente expuesto, resulta que la sentencia impugnada aprecia la existencia de nexo causal adecuado por la concurrencia de una *culpa in vigilando* por parte de la Administración, imprevisión que se proyecta en dos vertientes; una de orden personal, por cuanto por el profesorado del Colegio público no se adoptan las medidas pertinentes de cuidado y atención de los alumnos al salir de clase para el recreo o abandono del centro escolar para acudir a sus domicilios, máxime cuando éstos siendo menores están ubicados en una segunda planta del edificio, teniendo que descender tramos de escaleras, y una de orden objetivo, consistente en no dotar a los barandales de los tramos de escalera de la protección adecuada para hacerlos impracticables a los alumnos —nada de esto se aduce por la Administración demandada—, medidas éstas que si se adoptan comúnmente en el orden de la vida familiar, donde la atención y cuidado de los menores es generalmente más acusado por obvias razones, entre las que puede singularizarse el escaso número de menores, son más exigibles cuando el número se intensifica y casi se hace masivo, resultando por tal causa más difícil la atención y cuidado personalizado, o singular, y esta falta de previsión en los dos aspectos contemplados se constituye, en el presente caso, en causa eficiente o adecuada del luctuoso suceso

acaecido conforme a la doctrina expuesta en el fundamento de derecho anterior, pues si se hubieran adoptado las medidas de vigilancia exigibles al profesorado y los barandales hubiesen estado protegidos, el menor no se hubiera, en uno u otro caso, "encaramado al barandal" por impedirse tanto el cuidado o vigilancia del profesorado, que no existió, o la protección de la barandilla o barandal de las escaleras de acceso, y todo ello resulta más exigible si se ponderan las circunstancias de la existencia de menores —el fallecido tenía siete años— y la ubicación de la clase de estos menores en el segundo piso del edificio, todo lo cual conduce a la desestimación del motivo articulado y con él a la declaración de no haber lugar al recurso de casación deducido por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, dado que en el caso enjuiciado concurren las circunstancias de previsibilidad del daño y su evitabilidad para haberse adoptado las medidas de prevención del riesgo que no se adoptaron y que elementales reglas de prudencia, por las razones expuestas, aconsejaban tomar.» (*Sentencia de 26 de septiembre de 1998, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6836.*)

C) *Cuantía de la indemnización. Daños morales por la muerte de un hijo soldado. Compatibilidad indemnización con las pensiones extraordinarias a favor de los padres.*

«Enjuiciándose, en primer término, el recurso de casación del señor Abogado del Estado ha de indicarse, de inmediato, que el problema de la compatibilidad o incompatibilidad de las pensiones de clases pasivas con las indemnizaciones por responsabilidad de las Administraciones Públicas, única cuestión discutida, si bien fue originariamente una cuestión fluctuante en la jurisprudencia de este Tribunal, tal materia quedó definitivamente resuelta por la Sentencia de la Sala Especial de Revisión de este Tribunal Supremo de 12 marzo 1991 (RJ 1991/4870), en la que, unificando doctrina, claramente se afirma la compatibilidad de la pensión —en el caso allí enjuiciado pensión extraordinaria de invalidez— de clases pasivas con la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado, al considerar que se trata de dos títulos indemnizatorios distintos, criterio éste de compatibilidad que se ha seguido en las Sentencias de esta Sala de 2 marzo y 28 noviembre 1995 (RJ 1995/1860 y RJ 1995/8373) y en la más reciente de 27 marzo 1998 (RJ 1998/2942), sin que por ello se quiebre, por exceso, el principio de reparación integral del daño que rige en esta materia, en cuanto completa dicha reparación hasta cubrir la totalidad de los daños y perjuicios sufridos y lograr la indemnidad del derecho subjetivo o del interés que resulta lesionado, dado que la pensión se reconoce en consideración a la prestación del servicio y en favor de los familiares que la Ley señala, bastando para ser extraordinaria con que se demuestre que el fallecimiento se produjo en acto de servicio y la indemnización por responsabilidad patrimonial y objetiva de las Administraciones Públicas exige la concurrencia de los requisitos del artículo 40 de la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado —hoy artículo 139 de la Ley 30/1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común—, esto es, existencia de un perjuicio individualizado, su evaluabilidad y derivado de una relación de causalidad de carácter directo con el funcionamiento del servicio, sin existir el deber jurídico de soportar tal daño y la no concurrencia de circunstancias excluyentes, siendo en base a estos diferentes títulos de imputación de los que se deriva la compatibilidad final y jurisdiccionalmente declarada, todo lo que hace desestimable el motivo y con ello la declaración de no haber lugar al recurso de casación del señor Abogado del Estado.

Por lo que respecta al recurso de casación también interpuesto por los padres del soldado fallecido en acto de servicio, ha de señalarse que el mismo resulta asimismo desestimable, en razón a que, como tiene declarado este Tribunal, la fijación de la

cuantía de la indemnización reparatoria es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia, que hay que respetar en casación en tanto no se demuestre que los mismos han seguido en su determinación una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica o buen criterio o, en su caso, se ha fijado con infracción de las normas que regulan la valoración de determinados medios de prueba (Sentencias de 2 marzo, 20 julio, 16 septiembre 1996 [RJ 1996/2253 y RJ 1996/5717] y la ya citada 27 marzo 1998), lo que en el presente caso no ha acontecido, pues la sentencia impugnada cifra la indemnización que señala en ponderación de las circunstancias que expresa sin que su razonar resulte ilógico o no razonable, y sin que, por otro lado, pueda ser acogida la pretendida infracción del baremo que se recoge en la Orden Ministerial 5 marzo 1981 —hoy expresamente derogado y sustituido por el aplicable a los daños producidos, como consecuencia de la utilización de vehículos de motor— tanto por su carácter no vinculante, dado que se trata de una norma orientativa, que tiene, además, un campo de aplicación estricto referido a los daños producidos por razón del uso y utilización de los vehículos motorizados y la seguridad vial, sin que tampoco pueda ser acogida la infracción jurisprudencial que se aduce, en razón a que la jurisprudencia de este Tribunal en materia de evaluación de daños es casuística y viene determinada por la ponderación de una serie de circunstancias que de modo particularizado concurren en cada caso y que no tienen que ser, necesariamente, parangonables con las que se enjuician en el concreto caso en que se pretende aplicar el precedente jurisdiccional, siendo en base a tal ponderación las que sirven de fundamento a la decisión que se adopta, y en el presente caso, la Sala de instancia ha ponderado los factores que, a su juicio, determinan la fijación de la cuantía, a la que llega de una forma razonable y no arbitraria y sin haber obviado elementos probatorios —que por otra parte no se han ofrecido— que aconsejaren otra decisión diferente a la adoptada, razones todas ellas que hacen desestimable el recurso.» (Sentencia de 8 de octubre de 1998, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 7815.)

## X. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

*Recurso de casación. Inadmisión por razón de la cuantía. Sanción que consiste en privación de derechos, pero posibilidad de establecer razonablemente la cuantía.*

«Fue objeto de impugnación en la instancia la Resolución de la Jefatura Provincial de Tráfico de La Coruña de 24 octubre 1994, confirmada por el Director General de Tráfico, en la que se imponía al entonces recurrente la sanción de multa de 50.000 pesetas y suspensión de la autorización administrativa para conducir por tiempo de dos meses. La sentencia que ahora se recurre estima el recurso contencioso-administrativo, anulando la resolución impugnada.

El artículo 93.2.b) de la Ley Jurisdiccional, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 abril, exceptúa del acceso a la vía casacional las sentencias recaídas, cualquiera que fuera la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 6 millones de pesetas. De acuerdo con constante y reiterada doctrina de esta Sala (entre otros, Auto de 22 abril 1996), las prevenciones legales en materia de cuantía han de ser aplicadas en función de la real entidad material de la cuestión litigiosa, siendo irrelevante a efectos de la inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía que se haya tenido por preparado el recurso en la instancia o el ofrecimiento del mismo al notificarse la resolución impugnada, siempre naturalmente que la cuantía sea estimable e inferior al límite legalmente establecido.

Como ya ha tenido ocasión de manifestar esta Sala (así, Auto de la Sección Sexta

de 5 mayo 1997), "en aquellos casos en que, aun tratándose de sanciones que consisten en privación de derechos, existe una posibilidad razonable de establecer su valoración económica, debe fijarse la cuantía del recurso con arreglo a ella, pues así se infiere de las normas generales sobre determinación de la cuantía, que ordenan estar al "valor de la pretensión", sin exigir que éste se concrete en suma de dinero (art. 50 de la LJCA) y admiten genéricamente la existencia de "sanciones valorables económicamente" (art. 51.2 de la misma Ley), sin ceñirse a las de carácter pecuniario".

Pues bien, aunque la cuantía litigiosa no aparece determinada, no lo es menos que el artículo 1710, regla 4.ª, de la LECiv —aplicable supletoriamente en este orden jurisdiccional, ex Disposición Adicional Sexta de su Ley reguladora— autoriza a esta Sala a inadmitir el recurso de casación cuando considere que aquélla no supera, notoriamente, el límite casacional establecido en el citado artículo 93.2.b).

Tal es el caso que nos ocupa, pues el importe de la sanción pecuniaria impuesta —50.000 pesetas—, unido al montante económico en que razonablemente puede cuantificarse la privación de la autorización administrativa para conducir vehículos de motor durante dos meses, consistente —tal como dijo esta Sala, entre otros, en el citado Auto de 5 mayo 1997— en los gastos previsibles que por todos los conceptos puede suponer la contratación de un servicio individual de transporte que ofrezca una utilidad equivalente a la conducción personal de un vehículo durante el expresado período, en ningún caso podría rebasar la cifra de seis millones de pesetas, lo que determina que, en aplicación de lo establecido en el artículo 100.2.a) LJCA, deba declararse la inadmisión del presente recurso.» (*Auto 16 de febrero de 1998, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 5585.*)

## XI. URBANISMO

*Convenios de planeamiento. Posibilidad de la figura y contenido de la misma. No vinculan al ejercicio de la potestad pública, debiendo acudirse a la vía resarcitoria en caso de que la Administración se aparte de lo previamente pactado.*

«La impugnación referente a la existencia de convenios urbanísticos parte, tanto de la demanda de instancia como en las alegaciones deducidas en esta apelación, del supuesto equivocado de la inadmisibilidad de dicha figura en nuestro derecho urbanístico.

La doctrina de esta Sala admite tanto convenios de gestión urbanística, para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado, como convenios de planeamiento, que constituyen una manifestación de una actuación convencional frecuente en las Administraciones Públicas y tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor (Sentencia de 15 marzo 1997 [RJ 1997/1677]). Aunque es indudable que el urbanismo constituye una competencia jurídico-pública, ello no excluye la participación y colaboración de los administrados en el mismo (como resulta de los arts. 4, 52 ó 119 TRLS de 1976). Existen aspectos concretos susceptibles de compromiso o acuerdo entre la Administración y los particulares, lo que da lugar a la figura de los convenios urbanísticos. En la medida en que éstos no incidan sobre competencias de las que la Administración puede disponer por vía contractual o de pacto, los convenios urbanísticos de planeamiento aparecen como instrumentos de acción concertada que, en la práctica, pueden asegurar una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido precisando, en forma reiterada, que las exigencias de interés público que justifican la potestad de planeamiento urbanístico



implican que su ejercicio no pueda encontrar límite en estos convenios que la Administración concierte con los particulares. Los convenios de planeamiento son, por ello, convenios preparatorios de una modificación futura del planeamiento que, en cuanto tales, tienen una sustantividad propia incluso a efectos de su impugnación en vía contenciosa (art. 234 TRLS). Por otra parte, es perfectamente posible la terminación de un procedimiento —como lo es la conclusión del convenio urbanístico— en forma negociada (art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, aplicable supletoriamente en materia de urbanismo), estando también admitida ya expresamente en una Ley posterior a la aplicable en este caso, como resulta del artículo 88.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es cierto que las competencias jurídico-públicas son irrenunciables y se ejercen por los órganos que las tienen atribuidas como propias (art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), por lo que no resulta admisible una “disposición” de la potestad de planeamiento por vía contractual. Cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a los que un Ayuntamiento llegue con los administrados, la potestad de planeamiento que se ejerza con carácter posterior ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración, para lograr la mejor ordenación urbanística posible, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pueda desencadenar, en su caso, el apartamiento por parte de la Administración o de los administrados de convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento (Sentencias de 23 junio 1994 [RJ 1994/4974 ], 18 marzo y 13 febrero 1992 [RJ 1992/3376 y RJ 1992/2828] y 21 septiembre 1991 [RJ 1991/6818]).

En el presente caso, la parte adherida a la apelación no alcanza a demostrar en el proceso que la inclusión en el Plan General de determinaciones que, posiblemente, hayan sido objeto de convenios previos preparatorios de la modificación vulneren los principios que se acaban de expresar; se aparten del interés público que justifica la potestad de planeamiento, de los principios de buena administración o hayan producido alguna infracción legal que deba ser declarada por esta Sala.

Aparte de las extensas consideraciones de carácter general sobre los convenios urbanísticos que esgrime la parte apelante, a las que ya hemos dado respuesta, será de indicar, en cuanto a las alegaciones concretas, que no resulta probado que se haya suscrito ningún otro Convenio que el referente a los terrenos de “El Collao” que figura en el tomo 40 del expediente.

Así se desprende del apartado introductorio del referido tomo 40 y parece reconocerlo la propia parte hoy apelante en el apartado séptimo de su escrito de demanda en primera instancia. Dicha parte no ha instado la práctica de ninguna prueba que tienda a comprobar la existencia de otros convenios, como los que se recogen en el tomo 40. Pues bien, atendiendo a las cláusulas del Convenio de “El Collao” en cuestión se observa (apartado 4 del mismo) que la validez de los acuerdos a que se refiere queda “supeditada a la aprobación definitiva del Plan General, en el plazo máximo de dos años a partir de su firma, y a que las determinaciones de éste coincidan con las estipulaciones establecidas en el Convenio” (*sic*). De ello resulta la sustantividad propia del Plan que aquí se impugna frente al Convenio anterior y la inconsistencia de las afirmaciones que denuncian que el Ayuntamiento haya dispuesto de su potestad de planeamiento por la vía de un convenio anterior.

Finalmente, por lo que se refiere a las restantes alegaciones concretas, no existe prueba en las actuaciones que permita sostener, como se afirma, que la permuta de terrenos aledaños al campo de fútbol “El Collao” se haya realizado, como se dice, con infracción del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, ni que se haya llegado a suscribir realmente el convenio con los señores B., lo que hace superfluo el examen de si el mismo contiene, o no, reserva de dispensación. Las alegaciones que se formulan carecen de prueba que las sustente y deben ser, a la luz de todo lo expuesto, desestimadas.

Procede, por lo expuesto, desestimar la adhesión a la apelación formulada por

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

don Santiago G. M. y, dando lugar a los recursos de apelación del Ayuntamiento de Alcoy y de la Generalidad Valenciana, anular el pronunciamiento de la sentencia apelada en el que se declara la nulidad de pleno Derecho de la Unidad de Actuación número 2, confirmando la sentencia apelada en sus pronunciamientos restantes.»  
(Sentencia de 28 de septiembre de 1998, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 6951.)

Tomás FONT I LLOVET  
Joaquín TORNOS MAS