

LOS INFORMES DEL CONSEJO FISCAL SOBRE LOS ASCENSOS EN LA CARRERA FISCAL Y LA POLÉMICA EN TORNO A LA DESIGNACIÓN DEL FISCAL JEFE DE LA FISCALÍA DE LA AUDIENCIA NACIONAL. (COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE ABRIL DE 1998).

LUIS MÍGUEZ MACHO
Área de Derecho Administrativo
Facultade de Dereito de Ourense
Universidade de Vigo

I

La configuración del Ministerio fiscal y sus relaciones con el Gobierno es una cuestión abierta que no ha dejado de suscitar polémica en el actual régimen constitucional. Esa polémica, que desborda lo jurídico para alcanzar relevancia política, llegó a su punto álgido hace unos años con la impugnación del nombramiento del Fiscal general del Estado, que acabó siendo declarado nulo por la Sala 3ª del Tribunal Supremo¹, y ha vuelto a intensificarse con ocasión de la designación del Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, cuya anulación se solicitaba igualmente a través del recurso contencioso-administrativo que ha dado lugar a la presente sentencia. No se puede desconocer que el órgano jurisdiccional al que afecta el nombramiento controvertido es también muy discutido, sobre todo en relación con sus funciones en el orden penal, pero no es éste el momento de extenderse sobre un tema que ha sido objeto de abundantes reflexiones doctrinales y políticas. En efecto, si se han mencionado estas circunstancias es con la única finalidad de situar en su contexto una sentencia que será analizada desde un punto de vista estrictamente jurídico-administrativo.

El nombramiento del Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional es competencia del Gobierno, de acuerdo con el artículo 36, apartado primero, de la Ley 50/1981, de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio fiscal, en conexión

¹ Sentencia de 28 de Junio de 1994, *Aranzadi* 5050.

con el artículo 35, apartado primero, del mismo texto legal. Nos hallamos ante un acto indiscutiblemente discrecional, lo que no impide que en él, como en todos los actos discrecionales, existan elementos reglados que facilitan su control. De conformidad con el artículo 13, párrafo segundo, primera, del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal, al que se remite de manera expresa el artículo 36, apartado primero, uno de esos elementos consiste en la exigencia de que el nombramiento, igual que todos los relativos a cargos de la carrera fiscal que son cubiertos por el Gobierno, se lleve a cabo a propuesta del Fiscal general del Estado.

Esta propuesta, a su vez, se ve sometida por el Estatuto orgánico a ciertos requisitos que reducen aún más la discrecionalidad en el nombramiento. Por lo que ahora interesa y en relación con el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, el artículo 35, apartado primero, del Estatuto orgánico establece que la persona elegida ha de pertenecer a la categoría primera dentro de la carrera fiscal, que es la de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Dado que en el presente caso el funcionario en el que se había pensado para el cargo carecía de esa condición, la propuesta de nombramiento tuvo que ir acompañada de la de ascenso, ya que los ascensos de categoría son decididos también por el Gobierno a propuesta del Fiscal general del Estado (artículos 13, párrafo segundo, segunda, y 38 del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal).

Otro requisito es que las propuestas de nombramiento y de ascenso deben ser informadas preceptivamente por el Consejo fiscal, a tenor del artículo 13, párrafo segundo, primera y segunda, del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal. En el caso que nos ocupa, dichos informes fueron de carácter negativo, pero, a pesar de ello, el Fiscal general del Estado se mantuvo en su intención y formuló al Gobierno propuesta de ascenso a la categoría primera y de nombramiento para el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional en favor de la persona rechazada por el Consejo fiscal. El Consejo de Ministros aceptó la propuesta mediante el Real Decreto 814/1997, 30 de Mayo de 1997², frente a lo cual la Asociación de Fiscales reaccionó interponiendo recurso contencioso-administrativo, por considerar que los informes del Consejo fiscal tienen carácter vinculante en lo que se refiere a las propuestas de ascenso.

Hay que hacer notar a este último respecto que las cláusulas primera y segunda del artículo 13, párrafo segundo, del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal usan expresiones ligeramente distintas para aludir a los informes del Consejo fiscal: en un caso, el de las propuestas de nombramiento, se habla de “previo informe del Consejo Fiscal”; en el otro, el de las propuestas de ascenso, se dice “conforme a los informes de dicho Consejo”. Pues bien, mientras no se pone en duda el carácter no vinculante del primer tipo de dictámenes, el empleo de la locución adverbial “conforme a” en el segundo da pie a la asociación recurrente para defender la tesis contraria, es decir, la vinculatoriedad de los informes relativos

² *Boletín Oficial del Estado* de 31 de Mayo.

a ascensos. Esta interpretación es rechazada con distintos matices tanto por el Fiscal general del Estado, que se pronunció sobre la cuestión cuando solicitó del Consejo de Ministros el ascenso y el nombramiento luego recurridos, como por el Abogado del Estado y el beneficiario del acto impugnado en la contestación a la demanda de anulación del Real Decreto 814/1997.

La Sala 3ª del Tribunal Supremo dio la razón a estos últimos, desestimando el recurso por sentencia de 13 de Abril de 1998³. Esta resolución, que procede del Pleno de la Sala y tuvo como ponente al Magistrado Mateos García, registró nada menos que cuatro votos particulares discrepantes con la posición mayoritaria, lo que es un claro indicio de la complejidad del caso enjuiciado. Formularon los votos, respectivamente, los Magistrados Trillo Torres y Sieira Míguez, Xiol Ríos con la adhesión de Sala Sánchez y Fernández Montalvo, Rodríguez-Zapata Pérez y Escusol Barra, y Movilla Álvarez y Menéndez Pérez. Como las partes no plantearon cuestiones de tipo procesal⁴, la Sala entra casi directamente en el fondo del asunto, al que dedica once de los trece fundamentos jurídicos de la sentencia; los otros dos se reservan para relatar los antecedentes del caso, lo que no deja de resultar chocante, por más que responda a la inveterada costumbre de nuestros órganos contencioso-administrativos de reducir a la más absoluta irrelevancia la parte de antecedentes de hecho de las sentencias.

II

El primer punto que examina la Sala, antes de abordar el problema de la vinculatoriedad de los informes del Consejo fiscal sobre ascensos, es la propia existencia del dictamen en el caso enjuiciado, a pesar de que no consta que la asociación recurrente hubiera alegado la inexistencia del mismo. En efecto, del relato de hechos que aparece en el fundamento jurídico segundo de la sentencia se desprende que el Consejo fiscal no formalizó en informe alguno su parecer sobre la idoneidad del candidato que el Fiscal general del Estado quería proponer para el ascenso a la categoría primera y el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

³ *Aranzadi* 7521

⁴ La cuestión de la legitimación de las asociaciones de fiscales para recurrir actos como el ahora impugnado fue resuelta por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en el fundamento jurídico segundo de la sentencia ya citada de 28 de Junio de 1994 (*Aranzadi* 5050). En aquella ocasión el alto Tribunal declaró que “extendiendo el concepto estricto de interés profesional, en el sentido de no entenderlo limitado a aspectos tan obvios y evidentes como son los relativos a la promoción en la carrera y a los intereses económicos inherentes a la misma, podemos y debemos entender que también está comprometido cuando el tema litigioso versa sobre el marco o estatuto jurídico básico que regula la función profesional que ejercitan los asociados, por ser precisamente esta función la que justifica la existencia misma de la categoría específica de interesados que constituyen la razón de ser de la Asociación. En este caso, al denunciarse una posible ilegalidad supuestamente cometida al nombrar al Fiscal General del Estado, aparece afectado aquel estatuto jurídico básico, lo que determina que debamos considerar legitimada a la Asociación de Fiscales para pretender procesalmente su anulación”. Esta doctrina, como es evidente, no dejaba lugar a dudas en el caso que nos ocupa sobre la legitimación de la asociación recurrente.

Simplemente, en la reunión del Pleno del Consejo de 27 de Mayo de 1997 se debatió la cuestión y, tras haber expuesto los miembros del órgano su opinión al respecto, se procedió a votar, siendo el resultado de las votaciones negativo en cuanto a las dos cuestiones planteadas. El Fiscal general del Estado, en la motivación de su propuesta al Gobierno, puso de manifiesto esta ausencia de un verdadero informe con las siguientes palabras, reproducidas en el fundamento jurídico segundo de la sentencia: “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”.

Sin embargo, de esta constatación no extrajo consecuencia jurídica alguna, como tampoco lo hizo la Sala, aunque reconozca que “formalmente, la deliberación y subsiguiente votación no constituyen un informe en sentido estricto” (fundamento jurídico tercero). Para ésta, la deliberación y la votación que la siguió “permitieron al Fiscal General del Estado conocer las razones por las que los miembros del Consejo Fiscal consideraban inidóneo 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” (mismo fundamento). Hay que tener en cuenta que en este caso se da la peculiaridad de que la autoridad a la que va dirigido el informe, el Fiscal General del Estado, es, a la vez, presidente del órgano que lo emite. Con todo, la solución que adopta la Sala no deja de plantear dificultades, que fueron puestas de manifiesto por los magistrados Trillo Torres y Sieira Míguez en el fundamento jurídico quinto de su voto particular discrepante con la posición mayoritaria.

Estos magistrados observan que el dictamen del Consejo fiscal, aunque tiene como destinatario directo el Fiscal general del Estado, también debería llegar a conocimiento del Consejo de Ministros, que, al fin y al cabo, es el órgano que va a decidir sobre la propuesta objeto del informe. Asimismo, sin un informe debidamente formalizado resulta difícil saber si el parecer del Consejo fiscal se ajusta a los límites a los que, como se verá cuando se estudie el problema de su vinculatoriedad, se tiene que circunscribir de manera necesaria. A esto cabría añadir que un informe es una declaración de juicio cuyo contenido principal es una exposición razonada. Si en los actos administrativos que consisten en declaraciones de voluntad no siempre es preceptivo exponer los motivos de la decisión adoptada, pues esta última es la parte fundamental del acto (de ahí el nombre de “resolución”), en los informes ocurre justo al revés: lo que importa no es tanto la opinión del órgano consultado en sí misma considerada como la motivación de ésta. Por más que en el presente caso el destinatario directo del dictamen formase parte del órgano que lo tenía que emitir, es evidente que un debate oral, documentado a través de la correspondiente acta, no es el medio más adecuado para plasmar el razonamiento o reflexión en que debe resolverse todo informe. Nos hallaríamos, en resumen, ante un acto inexistente por faltarle los elementos esenciales para caracterizarlo como un verdadero informe.

Así pues, parece acertada la conclusión de los magistrados disidentes de que “se ha producido una irregularidad invalidante del procedimiento, que le impidió alcanzar su fin, por lo que con la 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” (fundamento jurídico quinto del voto particular). El único problema que podría plantear la anulación del Real Decreto por este motivo, que no es causa de nulidad de pleno derecho sino de anulabilidad, es la falta de alegación del mismo por la asociación recurrente, obstáculo que probablemente hubiera exigido acudir al expediente procesal que preveía el artículo 43, apartado segundo, de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (“si el Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndole que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo”). Con todo los magistrados autores del voto particular que nos ocupa opinan que hubiera sido posible prescindir de ese trámite, gracias a que en el petitorio de la demanda se solicitaba, con carácter subsidiario a la declaración de nulidad del pleno derecho del acto impugnado, la declaración de anulabilidad del mismo.

Otro problema formal que plantean los informes del Consejo fiscal en el presente caso es el de la abstención del Fiscal general del Estado en la votación sobre ellos. No el voto mayoritario, pero sí dos de los votos particulares discrepantes, el del magistrado Xiol Rios (fundamento jurídico segundo) y el de los magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y Escusol Barra (fundamentos quinto y sexto), sostienen que esa abstención constituye una flagrante violación del artículo 24, apartado primero, letra c), párrafo segundo, de la Ley 30/1992, según el cual “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”. Aceptando que exista tal infracción legal, lo que es discutible por el carácter de órgano representativo del Consejo fiscal, las consecuencias que de ella pretenden hacer derivar los magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y Escusol Barra resultan un tanto excesivas. En opinión de éstos, “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” (fundamento jurídico quinto del voto particular formulado por aquéllos); por tal razón, no haría falta formalizar el parecer del Consejo fiscal en un informe propiamente dicho y, sobre todo, la abstención representaría un ilegal intento de zafarse de la vinculatoriedad que de otra forma tendría el dictamen, “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,” (fundamento jurídico sexto del voto).

Sin prejuzgar sobre la cuestión de la vinculatoriedad de los informes del Consejo fiscal, que será analizada con detalle más adelante, cabe objetar a la argumentación de los

magistrados disidentes que el hecho de ser miembro de un órgano colegiado no implica de manera necesaria la vinculación a las decisiones del mismo, ni siquiera cuando existe la obligación de votar. Hay que recordar a este respecto la regla tradicional de nuestro Derecho, hoy recogida en el artículo 27, apartado cuarto, de la Ley 30/1992, de que “cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos”; en ese mismo texto legal se establece también la posibilidad de solicitar la constancia en acta del voto contrario o de la abstención, así como de los motivos que los justifiquen (artículo 27, apartado segundo), y de formular voto particular discrepante con el acuerdo mayoritario (artículo 27, apartado tercero) . Por lo demás, no se acaba de entender cómo la abstención ilegal de una persona puede tener capacidad para alterar la fuerza vinculante de un informe, aunque esa persona sea el presidente del órgano informante y, a la vez, el destinatario del dictamen. En definitiva, el incumplimiento por el Fiscal general de Estado de su obligación de votar sólo constituye una irregularidad no invalidante del procedimiento, al que no impidió alcanzar su fin, sin perjuicio de las responsabilidades en que esa persona hubiese podido incurrir.

III

Llegamos así al problema central con el que se enfrenta la sentencia comentada: la determinación de si los informes del Consejo fiscal relativos a los ascensos en la carrera fiscal tienen o no carácter vinculante. Ya se ha adelantado que el debate entre la asociación recurrente y los codemandados se centraba en la interpretación de la cláusula “conforme a los informes del Consejo fiscal” que aparece en el artículo 13, párrafo segundo, segunda, del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal. Sin embargo, la Sala enfocó la cuestión desde un punto de vista distinto, como se comprueba en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, donde queda expuesta la mayor parte de la tesis en la que se basa el fallo desestimatorio.

La Sala, después de haber admitido que la deliberación y subsiguiente votación del Consejo fiscal bastan para que los informes controvertidos se puedan considerar existentes, entra a examinar “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” (fundamento jurídico tercero). De estas palabras se deduce que la Sala entiende que el objeto de los informes del Consejo fiscal sobre ascensos es dictaminar si la persona a la que se quiere promover reúne los requisitos legales o reglados y los “criterios objetivos” exigidos para pasar a una categoría superior de la carrera fiscal; en cambio, las opiniones sobre la oportunidad o conveniencia de dichos ascensos quedarán fuera del objeto del informe y no vincularán en ningún caso al órgano proponente.

El análisis de las deliberaciones del Consejo fiscal que se lleva a cabo en la sentencia comentada muestra que la oposición al candidato que quería proponer el Fiscal general del

Estado se debía a que el mismo se hallaba incurso en un expediente sancionador por ocultación de una prueba pericial y a su comportamiento con su jefe y colegas de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, desleal con el primero y discriminatorio con los segundos. De aquí concluye la Sala que “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 de 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” (mismo fundamento). En consecuencia, “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 concurriesen 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 de destino de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional” (fundamento jurídico decimotercero).

Como ya se ha dicho al abordar el problema de la existencia de los preceptivos informes del Consejo fiscal en el caso que nos ocupa, el contenido fundamental de este tipo de actos que consisten en declaraciones de juicio no es el parecer en sí mismo considerado, sino la motivación del mismo, el razonamiento que ha conducido hasta él. Por ello es acertada la decisión de la Sala de estudiar ese razonamiento para comprobar si se ciñe al objeto que la ley asigna a los informes en cuestión, así como el reconocimiento de que el Fiscal general del Estado puede desatender toda consideración que exceda de tal objeto aunque aquéllos tengan carácter vinculante. Ni el artículo 13, párrafo segundo, segunda, ni el artículo 14, apartado primero, párrafo segundo, letra d), del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal especifican cuál sea el objeto de los informes del Consejo fiscal sobre ascensos, pero una interpretación lógica elemental lleva a la conclusión de que se trata de la concurrencia en los candidatos que quiere promover el Fiscal general del Estado de los requisitos exigidos por la ley para el ascenso. Aparentemente tampoco en este punto hay nada que objetar al parecer mayoritario de la Sala; sin embargo, esa claridad se desvanece cuando se investiga con un cierto detenimiento cuáles sean esos requisitos.

Los ascensos a la categoría segunda de la carrera fiscal y al grado de ascenso dentro de la tercera están reglados en casi todos sus elementos por el artículo 37, apartados segundo y tercero, del Estatuto orgánico, sólo se podría admitir una cierta discrecionalidad en cuanto al momento de cubrir las vacantes producidas (pues los ascensos se tienen que llevar a cabo con ocasión de vacante en la categoría o grado superior). Una parte de aquéllas (dos de cada tres en la categoría segunda, la mitad en el grado de ascenso) se cubren por antigüedad de servicios en el grado inmediatamente inferior, y el resto a través de pruebas selectivas entre los integrantes de ese grado inferior que lleven prestando servicios en él un determinado periodo de tiempo (tres años para el ascenso a la categoría segunda, dos para la promoción del grado de ingreso al de ascenso). Por tanto, resulta indudable que los informes del

Consejo fiscal sobre estos ascensos se tienen que limitar a exponer si los candidatos reúnen las condiciones de antigüedad o han superado las pruebas exigidas, y si se han respetado los cupos establecidos para uno y otro sistema de promoción; cualquier reflexión acerca de circunstancias distintas de las anteriores estaría fuera de lugar y podría ser legítimamente desoída por el Fiscal general del Estado.

La cuestión se complica en relación con los ascensos a la categoría primera, que son los que ahora interesan. El artículo 37, apartado primero, del Estatuto orgánico dice literalmente que “las vacantes que se produzcan en la categoría primera se cubrirán por ascenso entre Fiscales que cuenten, al menos, con veinte años de servicio en la Carrera y pertenezcan a la categoría segunda”, lo que significa que la ley predetermina dos requisitos (los veinte años de antigüedad mínima en la carrera fiscal y la pertenencia a la categoría segunda), pero no establece sistemas de ascenso automático como son la antigüedad y las pruebas selectivas en los demás supuestos de ascenso. En consecuencia, el Fiscal general del Estado puede elegir discrecionalmente a cualquier persona que cumpla las dos condiciones citadas. Y es aquí donde surge la duda que dividió al Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo: ¿deben los informes del Consejo fiscal circunscribirse a la verificación de la concurrencia en el candidato de los dos requisitos mencionados o están precisamente llamados a recortar la discrecionalidad del Fiscal general del Estado mediante una valoración de la idoneidad personal y profesional del candidato seleccionado, idoneidad que se tendría que considerar como una especie de requisito implícito para el ascenso?.

Ya se ha visto que la mayoría de la Sala se inclina por la primera alternativa, pues por requisitos para el ascenso entiende las dos condiciones predeterminadas de manera expresa por la ley, relegando cualquier otra consideración al ámbito de la oportunidad o conveniencia, en el que un órgano como el Consejo fiscal no debería entrar, sino sólo los órganos políticamente responsables, es decir, el Fiscal general del Estado y el Consejo de Ministros. Frente a esta interpretación se alza la de tres de los cuatro votos particulares discrepantes, que, en sustancia, sostienen que para el ascenso a la categoría primera de la carrera fiscal la ley exige una especial competencia o excelencia profesional, debido a las altas responsabilidades que los integrantes de esa categoría están llamados a ejercer, la cual constituye un requisito no menos reglado que los veinte años de antigüedad o la pertenencia a la categoría segunda, aunque se establezca de manera implícita y mediante un concepto jurídico indeterminado (voto de los magistrados Trillo Torres y Sieira Míguez, fundamento jurídico tercero, voto del magistrado Xiol Rios, fundamentos cuarto y séptimo, voto de los magistrados Movilla Álvarez y Menéndez Pérez, fundamento primero). Por consiguiente, cuando el Consejo fiscal expone su parecer acerca del ascenso de una persona sobre la base de criterios objetivos de idoneidad personal y profesional, como habría ocurrido en el presente caso al valorarse la apertura de un expediente disciplinario al candidato y el comportamiento del mismo con su jefe y colegas, no estaría sobrepasando los límites a los que se deben ceñir sus informes ni invadiendo el ámbito de discrecionalidad de los órganos político-administrativos del Ministerio fiscal.

IV

Hay que estudiar ahora los argumentos en que se apoyan ambas posturas. El voto mayoritario desarrolla en los fundamentos jurídicos cuarto al duodécimo de la sentencia un exhaustivo análisis del artículo 13, párrafo segundo, segunda, del Estatuto orgánico, haciendo uso de todos los criterios hermenéuticos admitidos por el artículo 3 del Código civil: el gramatical, el sistemático-teleológico, el histórico y el consistente en tratar de determinar cuál fue la voluntad del legislador al dictar la norma; los votos particulares discrepantes discuten la aplicación que se hace de los mismos y, por esta vía contradictoria, exponen su propia posición.

En cuanto a la interpretación literal o gramatical de la cláusula “conforme a los informes del Consejo Fiscal”, el voto mayoritario parte de 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” (fundamento jurídico cuarto). A pesar de ello, se reconoce que “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”; sin embargo, “tal interpretación semántica no basta para conocer con exactitud el carácter vinculante o no del informe” (mismo fundamento). Esta opinión es rebatida por casi todos los votos particulares (voto del magistrado Xiol Rios, fundamento jurídico tercero, voto de los magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y Escusol Barra, fundamento primero, y voto de los magistrados Movilla Álvarez y Menéndez Pérez, fundamento segundo), de los que se pueden entresacar dos argumentos que no dejan duda sobre lo erróneo del parecer mayoritario de la Sala.

Obviando la cuestión de si la locución adverbial “conforme a” es o no ambigua en el habla común (nótese que cuando el voto mayoritario examina su valor semántico parece confundirla con el adjetivo “conforme” y con el adverbio homónimo), hay que tener en cuenta que, como sostiene el magistrado Xiol Rios en su voto discrepante, “la interpretación literal obliga no sólo a tener en cuenta el sentido común de las palabras, sino el sentido jurídico” (fundamento jurídico tercero del voto). Desde este punto de vista, es patente para cualquier jurista que cuando en nuestro ordenamiento se dice que algo es o tiene que ser “conforme a” o “conforme con” otra cosa, se está queriendo expresar que se hace o se tiene que hacer de acuerdo con ella. El ejemplo más conocido en el ámbito del Derecho administrativo, citado por el magistrado Xiol Rios, es el del artículo 2, apartado sexto, de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de Abril, del Consejo de Estado, a tenor del cual “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»”.

El segundo argumento se extrae de una mera comparación entre la redacción de las cláusulas primera y segunda del artículo 13, párrafo segundo, del Estatuto orgánico del

Ministerio fiscal. Como ya se ha puesto de relieve en el presente comentario, en una se usa la locución “previo informe”, mientras que en la otra la de “conforme a los informes”. Tal diferencia en la expresión (y la propia separación de los dos supuestos) no puede ser casual, y si no se discute que en el primer caso los informes carecen de fuerza vinculante, tampoco se debería poner en duda que en el segundo sí lo tienen.

Por lo que se refiere a la interpretación sistemático-teleológica, los fundamentos jurídicos quinto al décimo de la sentencia estudian la naturaleza jurídica y funciones de los dos órganos implicados en la controversia, el Fiscal general del Estado y el Consejo fiscal, concluyendo que mientras al primero, en cuanto órgano responsable políticamente, le corresponde la dirección e inspección del Ministerio fiscal, al segundo se le atribuyen meras competencias de asistencia y asesoramiento del primero, en garantía de la legalidad. Esta función de garantía de la legalidad justificaría los dos únicos supuestos en que, para el voto mayoritario, el Estatuto orgánico del Ministerio fiscal impone con claridad el carácter vinculante de los informes del Consejo fiscal, al exigir expresamente “informe favorable” del mismo: los traslados forzosos regulados por el artículo 40 del Estatuto y la sanción de separación del servicio del artículo 67. Asimismo, explicaría también la restricción de la fuerza vinculante de los informes sobre ascensos a la verificación de la concurrencia en el candidato de los requisitos reglados exigidos por la ley, que el voto mayoritario identifica con las dos condiciones que el Estatuto orgánico predetermina de manera expresa.

Es quizá en esta interpretación sistemático-teleológica donde resulta más decisiva la discrepancia entre los votos particulares y el voto mayoritario. Ninguno de ellos comparte la visión que este último ofrece de la naturaleza y funciones del Consejo fiscal. Antes bien, todos resaltan las competencias decisorias atribuidas al mismo por el Estatuto orgánico del Ministerio fiscal, no sólo en los supuestos de traslados forzosos y sanciones de separación del servicio mencionados por la sentencia, sino también en los de resolución de recursos frente a las sanciones disciplinarias de reprensión que pueden imponer los Fiscales Jefes respectivos (artículo 67 del Estatuto). Asimismo, los magistrados disidentes coinciden en relacionar dichas funciones con el carácter representativo del Consejo (todos los integrantes del órgano, menos el Fiscal general del Estado, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal inspector, son elegidos por los miembros del Ministerio fiscal en activo, de acuerdo con el artículo 14, apartado primero, del Estatuto orgánico), que lo convierte en un cauce de participación de los funcionarios en cuestiones de especial delicadeza y relevancia para la carrera fiscal en general, y para la garantía de la imparcialidad de sus miembros en particular. Desde esta perspectiva, son evidentes las similitudes entre el Consejo fiscal y la configuración que recibía el Consejo general del Poder judicial en la ya derogada Ley orgánica 1/1980, de 10 de Enero, que fue dictada en la misma época que el Estatuto orgánico del Ministerio fiscal. Por todo ello, el carácter vinculante de los informes del Consejo sobre los ascensos a la primera categoría no es en absoluto incongruente con la naturaleza y funciones del órgano. Bien al contrario, lo que carecería de sentido es que el objeto de tales informes se restringiese, como quiere el voto mayoritario, a la constatación de datos

que se pueden verificar con una simple consulta a los expedientes personales de los candidatos; ciertamente, parece exagerado y desproporcionado reunir para tal fin el pleno de un órgano de las características del que nos ocupa (voto de los magistrados Trillo Torres y Sieira Míguez, fundamentos jurídicos primero y sexto, voto del magistrado Xiol Rios, fundamento quinto, voto de los magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y Escusol Barra, fundamento octavo, voto del magistrado Movilla Álvarez y Menéndez Pérez, fundamentos cuarto y quinto).

El voto mayoritario alega otros dos argumentos de orden sistemático para reforzar su razonamiento. El primero es la vinculación entre los ascensos a la categoría primera y los nombramientos para los más altos cargos del Ministerio fiscal, como el de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional. Dado que para ocupar esos cargos hay que pertenecer a la categoría primera, “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 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” (fundamento jurídico noveno). Frente a esto, los magistrados Trillo Torres y Sieira Míguez resaltan en su voto particular que la pertenencia a la categoría primera de la carrera fiscal es separable del concreto destino que se ocupa, lo que justifica que sean diferentes los procedimientos establecidos para el ascenso y el nombramiento. En efecto, mientras la pertenencia a esa categoría tiene carácter definitivo, determina de forma permanente el status profesional de la persona afectada, no se puede decir lo mismo del destino, y de ello deriva 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” (fundamento jurídico quinto del voto).

El segundo argumento se toma del artículo 3, cuarto, del Real Decreto 437/1983, de 9 de Febrero, por el que se regula la constitución y funcionamiento del Consejo fiscal, que establece que es competencia del pleno del órgano “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”. Esta disposición, cuya legalidad, según destaca el voto mayoritario, no fue cuestionada por los recurrentes, sería un valioso indicio de que las opiniones del Consejo fiscal sobre los aspectos no expresamente reglados de los ascensos sólo tienen que ser “oídas” por el Fiscal general del Estado. La refutación de este razonamiento no presenta grandes dificultades; de hecho, el magistrado Xiol Rios le da la vuelta en el fundamento jurídico quinto de su voto discrepante, para dirigirlo contra el parecer mayoritario de la Sala. Como ya se ha dicho, el que tenga que reunirse el pleno del Consejo fiscal para elaborar los informes sobre los ascensos que no tienen carácter automático es un claro indicio de que el objeto de aquéllos no es la mera verificación de que el candidato reúne los dos requisitos de los veinte años de servicios y de la pertenencia a la categoría segunda, ya que cuando el objeto de los informes sí es una constatación de ese tipo es suficiente que actúe

la comisión permanente. Por lo demás, el examen que el magistrado realiza de los párrafos del mismo artículo del decreto que aluden a los informes indudablemente vinculantes del Consejo fiscal demuestra que tampoco hacen referencia expresa al carácter vinculante de los mismos.

Tanto el voto de los magistrados Trillo Torres y Sieira Míguez (fundamento jurídico quinto), como el del magistrado Xiol Rios (fundamento séptimo), extraen de otro reglamento, el de régimen interior del Consejo fiscal, aprobado por Acuerdo del Consejo de 20 de Septiembre de 1983, un argumento sistemático adicional en favor de su postura. De acuerdo con el artículo 19 de la norma, en casos como el de las propuestas de ascensos no automáticos, al pleno del Consejo fiscal se le tienen que hacer llegar los siguientes datos sobre los candidatos, para que los consejeros puedan formarse un criterio y emitir su dictamen: “1.- Servicios efectivos prestados en la Carrera. 2.- Destinos y cargos desempeñados. 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”. Resulta evidente que para determinar si los candidatos tienen cumplidos veinte años de servicios y pertenecen a la categoría segunda de la carrera fiscal no hace falta semejante cantidad de información; *ergo* se debe concluir que el objeto de los informes del Consejo fiscal sobre los ascensos a la primera categoría no se contrae a la verificación del cumplimiento de esos requisitos, sino que también alcanza a la valoración de otros elementos objetivos relativos a la idoneidad personal y profesional de esas personas, lo que exige un estudio circunstanciado de sus expedientes.

A diferencia de las consideraciones de carácter sistemático-teleológico, el estudio de los antecedentes históricos de la actual regulación de los informes del Consejo fiscal sobre ascensos tiene una relevancia indudablemente menor. Como señalan con acierto los magistrados Movilla Álvarez y Menéndez Pérez, “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” (fundamento jurídico sexto de su voto discrepante). Justamente el antecedente que el voto mayoritario menciona en el fundamento jurídico undécimo de la sentencia para reforzar su tesis es el artículo 22 del anterior Estatuto del ministerio fiscal, aprobado por Real Decreto de 21 de Junio de 1926; según ese precepto, “los acuerdos [del Consejo fiscal] tendrán siempre 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 le comunicarán las dos opiniones razonadas, la confirme mediante Real Orden”.

Sin embargo, hay otro precedente más cercano en el tiempo, del que el voto mayoritario no habla, pero sí el magistrado Xiol Rios en el fundamento jurídico sexto de su voto

discrepante: el Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio fiscal, aprobado por el Decreto 437/1969, de 27 de Febrero, y todavía no derogado expresamente. El artículo 24, apartado primero, de este texto legal exigía para el ascenso a la categoría segunda de la carrera fiscal (equivalente a la primera actual) pertenecer a la categoría tercera, hallarse en el primer tercio de la escala, llevar veinte años de servicio en la carrera, y haber recibido un “informe de especial idoneidad del Consejo Fiscal, teniendo en cuenta sus relevantes condiciones de laboriosidad, competencia, rectitud y dominio de los medios de expresión verbales y escritos y en relación con las circunstancias del cargo que se provea”; a tal efecto, se preveía que el Consejo remitiese anualmente al Ministro de Justicia una relación con no menos de diez funcionarios que reuniesen todos esos requisitos. Así pues, otra vez nos encontramos con que una línea argumental utilizada por el voto mayoritario se acaba volviendo contra él. En todo caso, como también destacan los votos particulares discrepantes, no hay mejor antecedente histórico que la práctica reiterada en la aplicación del artículo 13, párrafo segundo, del vigente Estatuto orgánico, durante la cual nunca se había dudado, hasta que se produjo el caso que dio lugar a la presente sentencia, ni del carácter vinculante de los informes del Consejo fiscal sobre ascensos a la primera categoría, ni de la equivalencia de los mismos en cuanto a su objeto a los “informes de especial idoneidad” de la regulación anterior.

Llegamos así al último criterio de interpretación al que acude la Sala, la búsqueda de la voluntad del legislador a través del análisis de los antecedentes parlamentarios de la norma controvertida. El voto mayoritario reconoce en el fundamento jurídico duodécimo de la sentencia que en el Senado fueron rechazadas dos enmiendas que pretendan suprimir la expresión “conforme al” en el artículo 13, párrafo segundo, segunda, del Estatuto orgánico, pero descubre una tercera enmienda de interés, la que introdujo la actual letra d) en el párrafo segundo del artículo 14, apartado primero (“corresponde al Consejo Fiscal: (...) d) Elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal”). Esta enmienda trataba de completar el enunciado de competencias del Consejo fiscal con el fin de corregir la falta de referencias a los informes sobre los ascensos, según se desprende de su justificación, en la que se puede leer que “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”.

Pues bien, para la mayoría de la Sala, que identifica en todo momento “criterios objetivos” con requisitos predeterminados de manera expresa por la ley, las palabras transcritas constituirían una prueba de que el legislador quiso restringir la vinculatoriedad de los informes del Consejo fiscal a la verificación de la concurrencia de esas condiciones en los candidatos al ascenso a la categoría primera. Frente a ello, dos de los votos particulares discrepantes, el de los magistrados Trillo Torres y Sieira Míguez (fundamento jurídico tercero) y el del magistrado Xiol Rios (fundamento séptimo), nos recuerdan la inexactitud que

supone atribuir carácter objetivo sólo a la constatación de la concurrencia en los candidatos al ascenso de los requisitos de la pertenencia a la categoría segunda y de los veinte años de servicios; como ya se ha destacado, la valoración de la idoneidad de esas personas para el ascenso no debe considerarse menos objetiva si se lleva a cabo sobre la base de datos extraídos de sus expedientes. La diferencia entre ambas operaciones no reside en que una sea reglada y la otra discrecional, sino en que, siendo las dos regladas, en un caso se aplican conceptos perfectamente determinados, mientras que en el otro es preciso concretar un concepto jurídico indeterminado, el de idoneidad para el ascenso, lo que implica una mayor complejidad, pero no subjetividad o uso de criterios de oportunidad.

Por lo demás, y sin necesidad de realizar un análisis tan exhaustivo de la tramitación parlamentaria del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal en general, y de la enmienda en el Senado aducida por el voto mayoritario en particular, como el que desarrolla el magistrado Xiol Rios en el fundamento jurídico séptimo de su voto discrepante, hay que recordar cuál era la intención manifiesta del senador que propuso dicha enmienda: corregir la ausencia de referencias a los informes sobre los ascensos en la lista de competencias del Consejo fiscal, y hacer así concordar el artículo 14 del Estatuto con el artículo 13. En consecuencia, la contraposición entre el carácter objetivo de los ascensos y el carácter subjetivo de los nombramientos que aparece en la justificación de la enmienda no tiene más trascendencia que la de poner de relieve la diferencia del régimen jurídico de unos y otros, a fin de convencer a la cámara de la necesidad de que se llevase al artículo 14 la misma diferenciación entre ambos supuestos que se introdujo en el artículo 13. Algo muy distinto, pues, de la delimitación del objeto de los informes del Consejo fiscal sobre los ascensos que el voto mayoritario quiere ver en la enmienda.

V

Para cerrar este comentario, es preciso resaltar la extremada delicadeza y complejidad del caso enjuiciado, en el se muestran en toda su intensidad las dificultades juridico-políticas de la institución del informe vinculante, que traslada el ejercicio de la competencia del órgano consultante al consultado o, por lo menos, supone una comparación de la misma. En tal contexto, el problema hermenéutico generado en torno a la locución adverbial “conforme a” se vuelve anecdótico, pues pocas dudas caben sobre lo desafortunado del parecer mayoritario del pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en este punto, y pasan a primer plano otras dos cuestiones: la de si una deliberación y la subsiguiente votación puede suplir un informe y la del objeto de los informes innegablemente vinculantes del Consejo fiscal sobre los ascensos a la categoría primera de la carrera fiscal.

En cuanto al primer punto, la conclusión a la que se llega en este comentario es negativa, debido a la propia naturaleza jurídica de los informes o dictámenes, por lo que se debió haber anulado la propuesta del Fiscal general del Estado para el ascenso y el nombramiento

de la persona que hoy ocupa el cargo de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y, con ella, el Real Decreto que decidió el ascenso y nombramiento referidos. Anulación que hubiera obligado al Fiscal general del Estado a solicitar nuevo informe al Consejo fiscal, y a este último a emitirlo en debida forma. Por lo que se refiere al objeto de los informes del Consejo fiscal sobre los ascensos a la categoría primera de la carrera fiscal, que es el problema de alcance más general tratado por la sentencia, hay que reconocer que tanto la posición de la mayoría de la Sala como la de los votos particulares discrepantes encuentran apoyo en argumentos sólidos: la primera en el tenor literal de la ley, la segunda en consideraciones sistemático-teleológicas e históricas. Llegado el momento de elegir entre ambas, la balanza debe inclinarse en favor de los votos particulares, porque la extensión del objeto de los informes que nos ocupan a la valoración de la idoneidad personal y profesional de los candidatos al ascenso es la interpretación más ajustada al espíritu de la norma, dada la configuración que el Consejo fiscal recibe en el Estatuto orgánico del Ministerio fiscal y las funciones que siempre ha ejercido, sin que suponga contradecir o forzar la letra de la ley.

Finalmente, desde el Derecho administrativo ha de reafirmarse que la aplicación por el Consejo fiscal del concepto de idoneidad para el ascenso no implica una invasión de las facultades discrecionales del Fiscal general del Estado para proponer y del Consejo de ministros para decidir los ascensos a la categoría primera de la carrera fiscal. Como ya se ha puesto de manifiesto, se trata de un concepto jurídico indeterminado que tiene que ser concretado sobre la base de elementos objetivos extraídos de los expedientes de los candidatos y no de criterios subjetivos de oportunidad o conveniencia, y así ocurrió en el presente caso cuando el Consejo fiscal se opuso al ascenso de un funcionario debido a que se hallaba incurso en un expediente disciplinario y al comportamiento mantenido con sus superiores y compañeros en el ejercicio de sus tareas profesionales.