

EDJ 1994/14450

Tribunal Supremo Sala 3ª, S 28-6-1994, rec. 7105/1992

Pte: Trillo Torres, Ramón

Comentada en "Reforma al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal"

Resumen

Se someten al examen del TS los recursos interpuestos por la unión judicial independiente, la asociación profesional de la magistratura y la asociación de fiscales, contra el RD 364/1992 por el que se nombró fiscal general del Estado a D. Eligio Hernández Gutiérrez. Se alega en primer lugar por el abogado del Estado la inadmisibilidad del recurso por falta de jurisdicción, causa que es desestimada por la Sala que sigue en este sentido la tendencia jurisprudencial favorable a resolver por vía judicial el examen de la concurrencia de concretos requisitos o aspectos legales de actuaciones del gobierno que en su conjunto no son calificables como netamente administrativas. Se rechaza igualmente la invocada causa de inadmisibilidad por falta de legitimación activa, respecto a la asociación de fiscales por considerar que al denunciarse una posible ilegalidad en el nombramiento del fiscal general del Estado, aparece afectado su estatuto jurídico básico, lo que conduce a estimar su legitimación, y con relación a las asociaciones judiciales, porque su interés profesional no puede considerarse ajeno a todas aquellas actuaciones que puedan desarrollarse en torno al marco legal en que la independencia que define al poder judicial encuentra acogida. El primer motivo en que se funda la pretensión de nulidad del RD impugnado no encuentra la acogida del Tribunal, que entiende que la forma irregular e incompleta en que el acuerdo del consejo general del poder judicial tras la audiencia fue emitido al gobierno, sin el voto particular en contra de seis vocales, no tiene efecto invalidante de las actuaciones, al considerar que el trámite cumplió suficientemente su fin. El problema de fondo del proceso se centra en determinar si el fiscal general del Estado nombrado satisfacía la exigencia del art. 29,1 Estatuto orgánico del ministerio fiscal, de contar con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión. Al respecto considera el TS que a la expresión servicios efectivos empleada no puede dársele otro contenido que el previsto en el art. 353,1 LOPJ para la situación de servicios especiales y computar el tiempo en que el Sr. Hernández Gutiérrez estuvo en dicha situación a efectos de antigüedad. Resta por dilucidar la cuestión relativa a si puede contarse como ejercicio efectivo de una profesión jurídica no judicial el tiempo que un juez o magistrado ha permanecido como gobernador o delegado del gobierno, cuestión que se resuelve negativamente por la Sala, pues las funciones desempeñadas en tal cargo en nada implican que su actividad sea la propia de un profesional del derecho, motivo por el que no puede computarse el tiempo en que el fiscal general nombrado permaneció desempeñando los cargos referidos, y en consecuencia procede, a juicio del TS, la estimación del recurso y la declaración de nulidad del RD impugnado.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.353.1 , dtr.8

Ley 50/1981 de 30 diciembre 1981. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
art.29.1

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.9 , art.24.1

Ley de 27 diciembre 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
art.28.1

ÍNDICE

FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	8

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

PODER JUDICIAL

Personal

Jueces y Magistrados

Carrera judicial

Situaciones

Servicios especiales

Asociaciones profesionales

Supuestos diversos

ASOCIACIONES

LEGITIMACIÓN PROCESAL
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
INTERPOSICIÓN Y ADMISIÓN DEL RECURSO
Inadmisibilidad del recurso
Otras causas y cuestiones

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.353.1, dtr.8 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Aplica art.29.1 de Ley 50/1981 de 30 diciembre 1981. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
Aplica art.9, art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Aplica art.28.1 de Ley de 27 diciembre 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
Cita art.1, art.2.b de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa
Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Cita art.29.2 de Ley 30/1984 de 2 agosto 1984. Medidas para la Reforma de la Función Pública
Cita Ley 50/1981 de 30 diciembre 1981. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
Cita art.97, art.106.1, art.124, art.127.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Bibliografía

Comentada en "Reforma al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal"
Citada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª del Tribunal Supremo. 2003-2004"
Citada en "SAP Barcelona de 21 abril 2011"

En la Villa de Madrid, a veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

Visto por la Sala 3ª en pleno, constituida por los señores que al margen se expresan, el recurso contencioso-administrativo tramitado en su Sección Séptima, y que con el número 7105 de 1992, en única instancia pende de resolución, interpuesto por la Unión Judicial Independiente, representada por el Procurador Don Rodolfo González García, asistido del Letrado D. Juan Carlos Fernández Vales; y al que fueron acumulados los números 7.143 y 7167 de 1992, interpuestos por la Asociación Profesional de la Magistratura, representada por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto, asistido del Letrado D. Jorge Jordana de Pozas y por la Asociación de Fiscales, representada por el Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona, asistido del Letrado D. Jorge Jordana de Pozas, contra el Real Decreto 364/1992, de 10 de abril, por el que se nombraba Fiscal General del estado a D. Eligio Hernández Gutiérrez y contra la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el primero. Siendo parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, oído el Ministerio Fiscal y siendo la cuantía del recurso indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado en, ejercicio de la facultad que le reconoce a la parte demandada el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción, ha alegado nuevamente, en el trámite de contestación a la demanda, la falta de jurisdicción como motivo de inadmisibilidad del recurso.

En Auto de 18 de enero de 1993 fijamos nuestra posición sobre este punto, ratificada en los de 15 de febrero y 27 de abril del mismo año.

Reproduciendo las razones que allí expusimos, señalaremos que el problema que se suscita con este motivo de inadmisión es determinar si el Real Decreto 364/92, de 10 de abril, por el que fue nombrado Fiscal General del Estado el Excmo. Sr. D. Eligio Hernández Gutiérrez, es susceptible de residenciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa o si debemos considerarlo exento de valoración judicial, por no ser un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo ni estar, por tanto, integrado en el ámbito jurisdiccional delimitado por los artículos 1.1 de la Ley de la Jurisdicción y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 .

Una primera solución nos vendría dada por la aceptación de que el acto de nombramiento de Fiscal General del Estado tuviese naturaleza puramente administrativa, por lo que no ofrecería duda su plena sumisión a nuestro orden jurisdiccional. Aunque no faltasen razones que podrían avalar esta posición, como sería la consistente en la calidad que aquél ostenta de Jefe Superior de una organización -el Ministerio Fiscal- que parece carecer de estrictas funciones políticas, al deber regirse su comportamiento en todo caso por los principios de legalidad e imparcialidad, sin embargo no podemos dejar de tener en cuenta la amplitud constitucional de sus funciones, recogidas en el artículo 124 de la Constitución EDL 1978/3879 , así como el especialísimo régimen de su nombramiento, regulado en el mismo precepto, lo que 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.

La aceptación de esta tesis nos obliga a examinar el estado que mantiene, en el marco constitucional vigente, la posibilidad de que existan actuaciones imputables al poder ejecutivo no controlables, en cuanto a su legalidad, por los órganos del poder judicial.

La jurisprudencia ha admitido pacíficamente la existencia de actuaciones políticas del Gobierno no sometidas a control jurisdiccional. Cabe citar a título de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y de 2 de octubre de 1987, ambas destacables tanto por sí mismas como porque sobre las tesis en ellas mantenidas ha elaborado el Tribunal Constitucional su doctrina general acerca de este particular, que ha permanecido prácticamente inalterable desde la sentencia de 15 de marzo de 1990 hasta la de 26 de noviembre de 1992.

En todas las sentencias citadas, ambos Altos Tribunales han acudido directamente al examen del artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 y a su relación con el art. 106.1 para fundar la admisión de una actividad política del Gobierno no sujeta a revisión judicial. Así, en la de 2 de octubre de 1987 hemos dicho que "el artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879 enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106.1 del mismo texto constitucional, de su gestión política, como señala el artículo 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados". Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la de 15 de marzo de 1990, dice que "no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley u otros semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción".

La clara posición jurisprudencial que hemos descrito sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción y cuyo sistemático acoplamiento obligará con frecuencia a acudir a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial para alcanzar un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho.

Entre estos principios y normas nos encontramos, en primer lugar, con que la Constitución ha aportado un trascendente elemento innovador con respecto al régimen jurídico existente con anterioridad, cual es el precepto contenido en el artículo 24.1, en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva, derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad. Ha sido la influencia de este precepto constitucional la que explica que la jurisprudencia que hemos reseñado haya abandonado la cita del artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción, como si en él permaneciese latente el sentido elusivo de la Administración frente al control jurisdiccional de determinadas actuaciones de naturaleza plenamente administrativa, a pesar de las restricciones que el Tribunal Supremo había impuesto a la noción de acto político y que por eso el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia de 15 de marzo de 1990, haya destacado expresamente que el Tribunal Supremo no hubiese inadmitido un recurso "por considerarlo dirigido contra un acto (presunto) de carácter político, de aquéllos a que alude el artículo 2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa EDL 1998/44323, que en ningún momento se menciona en la sentencia, sino por entender que se dirigía contra una actuación (u omisión) no sujeta al Derecho Administrativo y, por ende, insusceptible de control en esa vía judicial, conforme al artículo 106.1 de la Constitución EDL 1978/3879 y el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa EDL 1998/44323".

Otro mandato constitucional que no podemos dejar de tener presente es el del artículo noveno de la Norma Suprema, cuando nos dice que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que la Constitución garantiza el principio de legalidad. La unión de estos preceptos con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 nos lleva a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial, cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo.

Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879 nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.

Un caso típico es el que ahora se somete a nuestro enjuiciamiento. El artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal impone que la elección de Fiscal General del Estado se haga "entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión". Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa, que suprima del Estatuto el mencionado requisito. Pero mientras esté vigente su exigencia, no apreciamos obstáculo constitucional ni legal que impida al Tribunal Supremo controlar su cumplimiento por parte del Gobierno, imponiéndole, en su caso, que se sujete al mandato claro y preciso emanado de las Cortes Generales.

Ciertamente, no desconocemos que esta doctrina se mueve en el límite de lo jurisdiccionalmente posible, pero incardinada, al mismo tiempo, en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida a reducir las inmunidades del poder ejecutivo,

procurando que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de éste se hagan efectivas dentro de los linderos previamente marcados por el poder legislativo.

Por otra parte, como recordábamos también en los Autos mencionados, la conclusión a que llegamos no carece de precisos antecedentes jurisprudenciales, que han indicado la tendencia a resolver por vía judicial el examen de la concurrencia de concretos requisitos o aspectos legales de actuaciones del Gobierno que en su conjunto no eran calificables como netamente administrativas, pero en los que prevaleció la idea de coaccionar en lo judicialmente posible la realidad efectiva del principio de legalidad. Podemos citar en este sentido la referencia que en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1990, se hace al supuesto en que las decisiones del Gobierno que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción -que según el propio Tribunal son las característicamente políticas-, estén mediatizadas porque la prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes, en cuyo caso el control jurisdiccional sería incontestable. Asimismo, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 30 de julio de 1987, después de declarar manifiestamente político el acto que se había impugnado, sin embargo no rechazó entrar en el análisis jurídico de elementos que consideró controlables, tales como el procedimiento seguido y la competencia del órgano que lo había dictado.

SEGUNDO.- También ha vuelto a plantear el representante de la Administración del Estado, la cuestión relativa a la falta de legitimación de las Asociaciones recurrentes. Sobre ella nos hemos pronunciado en Auto de 3 de febrero de 1994. Decíamos en él que la Jurisprudencia ha definido la legitimación activa para ser parte en los procesos contencioso-administrativos, tomando como base el artículo 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, que la otorga a "los que tuvieren interés directo" en la anulación de los actos y disposiciones administrativas, pero entendiendo que este concepto legal debe interpretarse en el sentido amplio que impone el artículo 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879, al referir, con carácter general, la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, a los "derechos e intereses legítimos". Por eso no faltan sentencias del Tribunal Supremo, como una de 31 de mayo de 1990, en las que prácticamente se considera que la noción legal de interés directo ha sido sustituida pura y simplemente por la constitucional de interés legítimo. Pero la extensión interpretativa de lo que sea el interés legitimador no implica que haya perdido su estricto perfil, de modo que pueda llegar a identificarse con un mero interés en la legalidad. Por el contrario, aun en las descripciones más generosas de la legitimación, la jurisprudencia se ha cuidado de hacer expresa reserva de que en ningún caso se comprenden en ella ni el mero interés en la legalidad ni los agravios potenciales o futuros. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, las sentencias de 24 de septiembre y de 7 de octubre de 1992, que con cita abundantes precedentes jurisprudenciales, la definen positivamente, afirmando que para que exista interés legitimador basta con que el éxito de la acción signifique para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada por el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja.

Entrando en el tema concreto de si las Asociaciones recurrentes están legitimadas para ser partes demandantes en el proceso de impugnación de Fiscal General del Estado, señalábamos que existen en las tres Asociaciones algunos elementos de definición jurídica comunes, que permiten un tratamiento unitario. En efecto, los componentes de todas ellas están afectadas por el artículo 127.1 de la Constitución EDL 1978/3879, que si bien les permite constituirse en asociaciones profesionales, sin embargo les veda pertenecer a partidos políticos o sindicatos. El propio precepto constitucional remite a la ley el establecimiento del sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales. El desarrollo de esta remisión a la ley ha sido realizado en los artículos 401.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y 54 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En ambos preceptos se nos dice que las respectivas asociaciones podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de estudios y actividades encaminadas al servicio de la justicia en general. Queda así perfectamente delimitado que el único interés que pueden patrocinar judicialmente las asociaciones recurrentes es el profesional, puesto que los temas relacionados con la "justicia en general" se residencian por la Ley en el ámbito más teórico e instructivo de la "realización de estudios y actividades". Por eso nuestra resolución definitiva sobre la legitimación es preciso vincularla a que exista alguna conexión entre el nombramiento del Fiscal General del Estado y el interés profesional de los asociados, lo que a su vez dependerá de la extensión que le demos a dicho interés.

Las partes han alegado dos sentencias, una del Tribunal Constitucional, de 25 de febrero de 1987, y otra del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1989, en las que el tema de legitimación ha sido tratado con relación a asociaciones de igual naturaleza que las demandantes.

En la primera de las sentencias citadas, -que tanto las entidades recurrentes como la Administración demandada aducen en favor de sus respectivas tesis-, se resolvió el recurso de amparo contra la negativa judicial a considerar legitimada a la Asociación de Fiscales para recurrir contra un Real Decreto por el que se había nombrado Fiscal de Sala del Tribunal Supremo a un determinado miembro de la Carrera Fiscal. En esta sentencia el Tribunal Constitucional consideró que existía el "interés directo" legitimador previsto en el artículo 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, interpretado en el sentido amplio requerido por el artículo 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879, porque "al margen de que el acto de nombramiento recurrido tenga una proyección sobre intereses personales que sólo cabe ejercitar al que sea titular de ellas, no puede desconocerse que dicho acto también incide directamente en el interés profesional de que la promoción de los Fiscales se lleve a efecto por el procedimiento que la Asociación estima haber sido desconocido por el Decreto recurrido, pues no puede ser extraño a este interés profesional el margen de discrecionalidad administrativa con que se realicen los ascensos y promociones en la Carrera Fiscal".

Los límites del interés profesional en que se funda esta sentencia favorecen inicialmente la tesis del Abogado del Estado, porque vienen a identificarlo con la protección de las normas reguladoras de la carrera profesional de los asociados y por eso el fundamento final de la legitimación acordada reside en el hecho jurídico de que solamente podrían ser titulares de la promoción sobre la que se debatía los miembros de la Carrera Fiscal, lo que no acontece en este caso, en el que el acceso al cargo de Fiscal General del Estado no está vinculado a la pertenencia a dicha Carrera.

Desechado que la sola doctrina de la sentencia citada sirva para admitir la legitimación de la Asociación de Fiscales en este proceso, debemos detenernos en examinar si la noción de interés profesional puede tener un sentido más amplio que aquél en que se detiene el Tribunal Constitucional.

El Artículo 124.2 de la Constitución EDL 1978/3879 declara que el "Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica". Por su parte, la Ley 50/81 EDL 1981/3896, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece los mecanismos por los que aquella unidad y jerarquía se articulan legalmente. Del Estatuto resulta que tanto en el aspecto puramente promocional (artículo 13) como sobre todo en el del ejercicio de la función (artículos 22 y siguientes) la figura clave es el Fiscal General del Estado, permaneciendo esencialmente la filosofía del viejo brocardo que afirmaba que "el Fiscal es el Fiscal del Tribunal Supremo" (hoy Fiscal General del Estado). Por eso, extendiendo el concepto estricto de interés profesional, en el sentido de no limitarlo 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 Fiscal para pretender procesalmente su anulación.

TERCERO.- En cuanto a las Asociaciones Judiciales, afirmábamos que el punto legal de conexión constitutivo de un posible interés legitimador solamente cabe encontrarlo por medio del valor independencia, que define al poder judicial como condición inexcusable de existencia del Estado de Derecho. Este valor independencia, que es el que en última instancia justifica la existencia de los jueces, se integra como elemento definidor de la profesión, de forma que las actuaciones que puedan desarrollarse en torno al marco legal en que dicha independencia encuentra acogida no pueden considerarse ajenas al interés profesional de las Asociaciones Judiciales. Pues bien, uno de los elementos de dicho marco legal está constituido por la función constitucional del Ministerio Fiscal de "velar por la independencia de los Tribunales" (artículo 124.1 de la Constitución EDL 1978/3879). Siendo esencial el valor independencia al ejercicio profesional de la función judicial, constituyendo el Ministerio Fiscal uno de los medios jurídicos dirigidos a preservarla y constituyendo el Fiscal General del Estado la pieza clave del Ministerio Fiscal, no cabe rechazar la legitimación de las Asociaciones de Jueces y Magistrados para poner en entredicho la legalidad de su nombramiento.

Esta conclusión parece contradecir la que sostuvimos en la mencionada sentencia de 27 de enero de 1989, en la que dijimos que invocando un elemento esencial y definidor del Estado de Derecho, cual es el de la independencia de los Jueces y Magistrados, "en principio parece que realmente lo único que soporta el pretendido interés legítimo de la Asociación se refiere a un simple interés en la legalidad, siquiera éste llega a tener alcance constitucional". Sin embargo, un examen detenido de la sentencia nos permite observar que lo reproducido era un planteamiento puramente inicial de la cuestión, ya que la "ratio decidendi" de la resolución contraria a la legitimación de una Asociación Judicial que en ella adoptamos, la fundamentamos en la naturaleza sancionadora del procedimiento administrativo en el que aquélla pretendía intervenir.

El contenido que hemos reproducido del Auto de 3 de febrero de 1994, da cumplida contestación a las objeciones del Abogado del Estado: primero, en ningún momento aceptamos la tesis de la acción popular; segundo, no nos contradecimos con los fundamentos de nuestra sentencia de 27 de enero de 1989 y, por último, nada se opone a que el Tribunal Supremo interprete las instituciones jurídicas relacionadas con los derechos fundamentales en los términos que estime ajustados a Derecho, sin necesidad de adaptarse a decisiones anteriores del Tribunal Constitucional resolutorias de casos diferentes.

CUARTO.- Superadas las objeciones procesales, debemos entrar en el examen de los motivos en que se funda la pretensión de nulidad del Real Decreto de nombramiento de Fiscal General del Estado, haciéndolo en primer lugar del defecto de procedimiento acusado por la representación procesal de la Asociación Profesional de la Magistratura y de la Asociación de Fiscales, que considera que procede declarar la nulidad de actuaciones, por no haberse unido a la audiencia evacuada por el Consejo General del Poder Judicial el contenido del voto particular suscrito por seis Vocales.

Consta en el expediente que la comunicación dirigida por el Consejo al Gobierno, el día 8 de abril de 1992, decía, literalmente: "El Consejo General del Poder Judicial, dando cumplimiento al trámite de audiencia que se le ha conferido en relación con la propuesta de nombramiento de Fiscal General del Estado en la persona de D. Eligio Hernández Gutiérrez, de conformidad con lo previsto en el artículo 124-4 de la Constitución EDL 1978/3879, 108-4 y 127-5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y 29-1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su sesión plenaria de hoy ha acordado por mayoría (once votos a favor, seis en contra y una abstención), informar favorablemente la referida propuesta, por estimarla conforme con los referidos preceptos".

Aparece, también, en lo actuado, que al día siguiente, los seis vocales que habían disentido de la mayoría presentaron por escrito su voto particular razonado, que sin embargo no fue remitido al Gobierno hasta el día 26 de mayo, aproximadamente mes y medio después de haberlo presentado y de haber sido nombrado el Fiscal General del Estado.

Dos cuestiones suscita la situación reseñada: primera, contenido de la audiencia al Consejo General del Poder Judicial, impuesta por el artículo 124 de la Constitución EDL 1978/3879, para el nombramiento de Fiscal General del Estado; segunda, consecuencias de una eventual irregularidad en la evacuación de la audiencia.

Por lo que se refiere al primer punto, es evidente que la respuesta a dar por el Consejo puede centrarse exclusivamente en los requisitos de legalidad exigibles al Fiscal General propuesto por el Gobierno, pero también es posible que se extienda a puras razones de oportunidad, porque en ningún caso debe olvidarse que el Consejo General no participa, en absoluto, ni de la naturaleza ni de las funciones jurisdiccionales, sino que aparece definido en la Constitución como un "órgano de gobierno", por lo que dentro de sus limitadas

y estrictas facultades, consideramos que constituye una consecuencia inherente a aquella definición constitucional que sea competente para valorar y expresar su criterio sobre las razones de oportunidad que -desde el punto de vista de las funciones de gobierno que le atañen- entienda que son relevantes en el nombramiento que se somete a su consideración.

Ahora bien, cualquiera que sea el contenido material -de legalidad u oportunidad- que el Consejo General estime conveniente dar a la respuesta a la audiencia en cada supuesto concreto, en todo caso es preciso que su conclusión exprese las razones en que se funda, porque al no ser vinculante para el Gobierno, su eficacia y valor dentro del procedimiento de designación de Fiscal General del Estado depende del grado de convicción que alcancen sus razonamientos en orden a influir en la libre decisión gubernamental. Por eso entendemos que también es obligado que cuando los votos disidentes de los vocales del Consejo se manifiesten en la forma prevista en el artículo 137.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 (escrito, fundado y presentado al día siguiente a aquél en que se tomó el acuerdo), su texto debe remitirse al órgano destinatario -el Consejo de Ministros- con la finalidad de que éste tenga conocimiento pleno del resultado de la audiencia antes de adoptar su decisión, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del mencionado artículo 137 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754. Según resulta de lo indicado con anterioridad, no procedió en esta obligada forma el Consejo General del Poder Judicial, lo que nos obliga a examinar las consecuencias de su irregular actuación.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido muy frecuentes ocasiones de pronunciarse sobre los efectos de la omisión de audiencias, informes o dictámenes en los procedimientos administrativos en que esta clase de trámites es obligada, habiendo desarrollado su doctrina muy especialmente en torno a los supuestos en que es preceptiva la intervención del Consejo de Estado. Sobre un fondo doctrinal común de reconocer -por supuesto- la necesidad de respetar el precepto legal que hace obligada la audiencia del Consejo de Estado, de modo que su omisión se considera que vicia sustancialmente el procedimiento, sin embargo la propia jurisprudencia ha flexibilizado con frecuencia este criterio general con la finalidad de evitar en determinados casos un pronunciamiento de nulidad por este solo motivo. Normalmente la decisión judicial de no apreciar la falta de dictamen como vicio formal suficiente para invalidar el procedimiento ha respondido en la jurisprudencia a dos tipos de razones, ambas, en definitiva, ancladas en una noción estrictamente funcional, no meramente formalista, de la intervención obligada del Consejo de Estado. La primera de ellas, basada en un argumento de economía procesal, se funda en la apreciación de que con arreglo al conjunto de las circunstancias concurrentes, pueda llegarse a la conclusión de que de todas formas la resolución del órgano decisor habría sido la misma, aunque el informe se hubiera incorporado al expediente, supuesto que se daría con evidencia en los casos en que en vía de recurso administrativo se ratifica la resolución, teniendo ya a la vista el dictamen inicialmente ignorado.

La segunda argumentación, que ha utilizado en contadas ocasiones el Tribunal Supremo para afirmar la validez de un procedimiento sin el preceptivo dictamen consultivo, ha respondido a una razón de conocimiento técnico jurídico, en el sentido de que cuando su contenido posible se limita al examen de legalidad del acto, sería innegable la autoridad y solvencia del Alto Tribunal para decidir la cuestión, sin necesidad de remitirla de nuevo al órgano consultivo.

Un resumen de la vigente postura jurisprudencial sobre el particular se describe en la reciente sentencia de la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 1994, en la que se nos dice que "es materia aún no pacífica, al menos en términos absolutos, la trascendencia invalidante que la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, tiene en cuanto a los actos administrativos o disposiciones generales en cuya producción jurídica no fue observado dicho trámite de consulta, siendo el mismo preceptivo. No puede asumir esta Sala, en los términos en que está argumentativamente formulada la decisión, el criterio de la sentencia de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1987 que, en recurso directo frente a reglamentos, declaró la validez formal del Decreto 2004/84, de 19 de septiembre, conforme a cuyo criterio, el control preventivo o "ex ante" que cumple el referido trámite de informe el Alto Cuerpo Consultivo puede ser sustituido, sin merma de la validez, por el control "ex post" que de la misma norma pueda realizar la jurisdicción, y en tales términos no cabe la asunción o ratificación de dicha tesis, por cuanto la misma vino a ser matizada o rectificada por la de esta misma Sala Especial de 16 de junio de 1989, cuyo núcleo o nervio argumental venía a impedir la confusión entre la función consultiva a cargo del Consejo de Estado y la de control jurisdiccional, frente normas reglamentarias. Ahora bien; sí es extrañable de dicha sentencia de 7 de mayo de 1987, que en este aspecto ofrece contradicción con la impugnada, un principio general de Derecho, con frecuencia aplicado en el campo del Derecho Administrativo garantizador, como es el de economía procesal, conforme al cual no deben declararse nulidades de actos o normas, si de algún modo la observancia de un requisito formal, rigurosamente entendido, no hubiera conducido a solución diversa". Pero esta misma sentencia, al analizar el caso que resolvía, acogió el criterio que habían seguido las de 23 de marzo y 22 de abril de 1988, en el sentido de aceptar como suficiente para cubrir la esencialidad de la función consultiva que el dictamen hubiera aludido por simple mención escueta a la legalidad que debía tenerse presente, en orden a respetar determinados derechos adquiridos.

Este conjunto de consideraciones, no trasladables automática y plenamente a una audiencia tan especial como la que ahora nos ocupa, sí nos permiten, no obstante, que utilizándolas como criterios o principios orientadores, lleguemos a la conclusión de que la forma irregular, incompleta, en que el acuerdo del Consejo fue remitido al Gobierno, ocasionando que el nombramiento de Fiscal General se produjera sin que aquél tuviera a la vista la opinión de los seis vocales que emitieron el voto particular, sin embargo no haya producido el efecto de invalidar las actuaciones, porque entendemos que el trámite cumplió suficientemente su fin, en razón de las siguientes circunstancias: primera, no hubo omisión de la audiencia, sino que simplemente se llevó a efecto de manera incompleta; segunda, ni el voto mayoritario ni el particular aludieron a hecho o razón alguna relativas a la oportunidad del nombramiento, siendo el único fundamento de la diferente opinión de ambos su discrepante conclusión sobre si el propuesto cumplía o no el requisito legal de llevar más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión; tercera, el Consejo de Ministros conocía el contenido de los votos particulares al pronunciarse en el recurso de reposición interpuesto contra el Real Decreto de nombramiento; cuarta, de todos modos ya se le había informado de su existencia en el primer comunicado del Consejo General del Poder Judicial.

QUINTO.- El problema de fondo a resolver en el proceso es determinar si el Fiscal General del Estado nombrado en el Real Decreto que se impugna, satisfacía la exigencia legal, establecida en el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de contar "con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión".

Para valorar si concurría en D. Eligio Hernández Gutiérrez esta condición necesaria para acceder al cargo, debemos tener en cuenta que, perteneciendo a la Carrera Judicial con la categoría de Magistrado, por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero 1987, se le declaró en situación administrativa de servicios especiales, con efectos desde el 17 de diciembre de 1982 y mientras desempeñase el cargo de Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias y de Gobernador Civil de Las Palmas, de modo que solamente si se computa como ejercicio efectivo de la profesión el tiempo que permaneció en dicha situación administrativa, completaría los quince años de ejercicio efectivo impuestos por el Estatuto.

La situación de servicios especiales para los Jueces y Magistrados deriva básicamente de la regulación legal que con carácter general se ha desarrollado para los funcionarios públicos, con la finalidad de que pudiesen prestar servicios o realizar actividades ajenas a los propios de su estricto vínculo funcional de carrera, pero a los que el legislador considera de relevancia e interés público singular, lo que justifica que por mandato legal ordene que cuando dichas actividades o servicios se realicen o presten por funcionarios públicos, se evite que esto pueda perjudicarles en su carrera profesional, disponiendo que a los que se hallen en situación de servicios especiales se les compute el tiempo que hubieren permanecido en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos, es decir, concretos aspectos que configuran derechos directamente nacidos de la propia relación funcional.

El mismo sentido y filosofía tiene la situación de servicios especiales en su aplicación a los Jueces y Magistrados. En términos análogos a los utilizados por el artículo 29.2 de la Ley 30/84, de Reforma de la Función Pública EDL 1984/9077, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 353.1 EDL 1985/8754 dice que "a los miembros de la Carrera Judicial en situación de servicios especiales se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos". Es de observar, por tanto, que al igual que respecto a los funcionarios en general, la Ley Orgánica describe con precisión las consecuencias que se siguen de la situación de servicios especiales y además las proyecta exclusivamente sobre la propia relación funcional. Esto explica que la antigüedad consolidada en situación de servicios especiales sea siempre computable, cuando afecte a opciones o derechos fijados por el propio régimen estatutario de la Carrera Judicial, como son el escalafonamiento, trienios o la posibilidad de acceder a determinadas categorías o puestos judiciales, pero desde luego no resulta ni del texto ni de la finalidad de la norma que esta ficción legal por la que se atribuyen determinados efectos propios del servicio activo a quien no se halla realmente en esta situación, sea proyectable a instituciones ajenas al esquema funcional descrito y que tienen su propio y específico régimen jurídico.

Conforme a esta doctrina, el núcleo de nuestro razonamiento tiene que originarse en el propio texto del Estatuto del Ministerio Fiscal, es decir, determinar que quiso expresar al referirse al ejercicio efectivo de una profesión. Ciertamente el Estatuto, al hacer esta declaración, no la hizo desde una lejanía al problema de las situaciones administrativas de los funcionarios, ya que en su mismo texto se ocupa de ellas en relación con la Carrera Fiscal. Primero, en el propio artículo 29, al decir que si el nombramiento de Fiscal General recayese sobre un miembro de aquella, quedará en situación de servicios especiales, y en el artículo 47, al establecer que las situaciones administrativas en la Carrera Fiscal se acomodarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 para Jueces y Magistrados.

Sin embargo, a pesar de esta presencia de las situaciones administrativas en la elaboración del Cuerpo Legal, lo cierto es que, al establecer las condiciones para ser Fiscal General del Estado, no se refiere a dichas situaciones o a conceptos derivados de ellas, como son el de antigüedad con relación a los servicios especiales, sino que consagra una noción autónoma, la de ejercicio efectivo de la profesión, que requiere, asimismo, una interpretación autónoma.

En esta vía, un primer acercamiento semántico nos indica que ejercer es "practicar los actos propios de una profesión", mientras que la palabra servicio significa "mérito que se hace sirviendo al Estado o a otra entidad o persona". Una valoración jurídica de estos significados, nos indica que mientras la idea de ejercicio no es sustituible por otro que hacer que el propio de la profesión de que se trate, sin embargo, la de servicio puede ser objeto de valoraciones o equivalencias legales específicas, puesto que se refiere al mérito final que se atribuye a una determinada actividad, que es en definitiva lo que hace la Ley, cuando mediante el concepto jurídico-administrativo de servicios especiales considera -a determinados y concretos efectos- como méritos propios de una actividad profesional el tiempo en que ésta no ha sido efectivamente ejercitada.

Este inicial sondeo nos lleva directamente a examinar si su consecuencia puede ser contrastada como jurídicamente correcta, teniendo en cuenta la función teleológica de la norma. En coherencia con la excepcional calidad jurídica y naturaleza de las misiones que el artículo 124.1 de la Constitución EDL 1978/3879 encomienda al Ministerio Fiscal, su Estatuto Orgánico impone que se elija entre "juristas españoles de reconocido prestigio", pero con el fin de eliminar aceptaciones 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.

SEXTO.- Se ha aducido en la contestación a la demanda que en una sentencia de 22 de diciembre de 1989, la Sala acordó que a un Magistrado se le reconociesen como servicios efectivos el tiempo que había desempeñado el cargo de Gobernador Civil. No existe, sin embargo, en el caso resuelto por la sentencia citada, contradicción con la doctrina que hemos sostenido. En ella se aplicó al Magistrado la disposición transitoria 8ª.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, la misma que tuvo en cuenta el Consejo General del Poder Judicial para reconocer a D. Eligio Hernández la situación de servicios especiales con efecto retroactivo desde el 17 de diciembre de 1982. En efecto, dice la disposición transitoria que "los que se encontraren en situación de supernumerarios o de excedencia voluntaria y les correspondiere la de servicios especiales, en aquel último supuesto, se considerarán en la situación que corresponda a partir de

la entrada en vigor de la presente Ley, contándoles como servicios efectivos en la carrera el tiempo que permanecieron en excedencia voluntaria, correspondiendo la de servicios especiales, según lo dispuesto en esta Ley".

Como se ve, la finalidad del precepto es extender la más generosa regulación de los supuestos de servicios especiales contenida en la misma a aquellos Jueces y Magistrados que, con arreglo al régimen jurídico anterior, se habían visto obligados a pasar a la situación de excedencia voluntaria para ocupar cargos o funciones públicas ajenas a lo judicial, por lo que a la expresión "servicios efectivos" empleada en ella no puede dársele otro contenido que el previsto en el artículo 353.1 para la situación de servicios especiales, pues esta situación es el beneficio al que se refiere la Ley y del que disfrutaron en iguales términos legales D. Eligio Hernández Gutiérrez y el Magistrado al que se refería la sentencia citada, esto es, cómputo de antigüedad respecto a situaciones y puestos integrados en el conjunto estatutario de la propia Carrera Judicial.

Por último, no podemos dejar de aludir a la alegación relativa a si puede contarse como ejercicio efectivo de una profesión jurídica no judicial el tiempo que un Juez o Magistrado ha permanecido como Gobernador o Delegado del Gobierno. La contestación no puede ser otra que la negativa, desde el momento en que ni siquiera la Licenciatura en Derecho es precisa para desempeñar el cargo. La facultad que el artículo 11.i) del Estatuto de los Gobernadores Civiles les reconoce para "promover la interposición de los recursos y el ejercicio de las acciones correspondientes en defensa de la Constitución y el Ordenamiento Jurídico", es una mera consecuencia de sus funciones políticas como representante permanente del Gobierno de la Nación en la Provincia y primera autoridad de la Administración Civil del Estado (artículo 1 del Estatuto), que en nada implican que su actividad sea la propia de un profesional del Derecho, por lo que en su desempeño cuenta institucionalmente con el correspondiente asesoramiento jurídico.

SEPTIMO.- No ha lugar a especial declaración sobre costas.

FALLO

Que rechazando los motivos de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Unión Judicial Independiente, la Asociación Profesional de la Magistratura y la Asociación de Fiscales y estimando sus respectivas demandas, declaramos la nulidad del real decreto 364/1992, de 10 de abril, por el que se nombro Fiscal General del Estado a D. Eligio Hernández Gutierrez. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Angel Rodríguez García.- José María Ruiz-Jarabo Ferrán.- Pedro Antonio Mateos García.- Francisco José Hernando Santiago.- Emilio Pujalte Clariana.- Juan García-Ramos Iturralde.- Jaime Rouanet Moscardó.- Enrique Cancr Lalanne.- Ramón Trillo Torres.- Jaime Barrio Iglesias.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Juan Manuel Sanz Bayón.- Ricardo Enríquez Sancho.- Mariano Baena del Alcázar.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Eladio Escusol Barra.- Gustavo Lescure Martín.- Manuel Goded Miranda.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Antonio Martí García.- Fernando Cid Fontán.- Pedro Esteban Alamo.