

# LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

## EL ACCESO A LOS CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS. LA FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL DEL NOMBRAMIENTO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 1994

**Alberto Palomar Olmeda**

*Profesor asociado de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. *Punto de partida: El sistema legal de nombramiento del Fiscal General del Estado.*—II. *Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994.* 1. La naturaleza jurídica del acto impugnado y su control jurisdiccional. 2. La legitimación de los demandantes. 3. La interpretación del Tribunal Supremo del concepto «servicios efectivos».—III. *A modo de primeras conclusiones.*

### **I. Punto de partida: el sistema legal de nombramiento del Fiscal General del Estado**



L artículo 124 de la Constitución Española es el que se refiere a la institución del Ministerio Fiscal, al que atribuye, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de



oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. En lo que al Fiscal General del Estado se refiere es el apartado 4 del citado artículo el que señala que «El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

Es claro, por tanto, que desde una consideración estrictamente constitucional el nombramiento del Fiscal General del Estado no está condicionado más que a un requisito de orden subjetivo, que se efectúe por el Rey, a propuesta del Gobierno, y otro de carácter procedimental, que dicha designación se efectúe una vez oído el Consejo General del Poder Judicial.

Sin embargo, el plano de la legalidad la cuestión se detalla, en concreto, en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Así el artículo 29 se refiere a su nombramiento indicando que «1. El Fiscal General del Estado será nombrado y cesado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión...».

Esta regulación se completa, en lo que la audiencia se refiere con lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye al Pleno del Consejo General del Poder Judicial la competencia para «evacuar la audiencia previa prevista en el artículo 124.4 de la Constitución sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado...».

Conforme a lo expuesto se dicta el Real Decreto 364/1992, de 10 de abril, por el que se nombraba Fiscal General del Estado a don Eligio Hernández Gutiérrez, nombramiento que inmediatamente plantea el problema que va a ser cuestión central en la Sentencia comentada, esto es, si el tiempo que el citado ciudadano había permanecido en situación administrativa de servicios especiales en el Cuerpo de jueces y magistrados por estar desempeñando un cargo político como es el de delegado del gobierno, debían o no computarse dentro del concepto de servicios efectivos.

El problema de interpretación al que se enfrenta la Sentencia es el de determinar si el nombramiento fue correcto o incorrecto en función de que se de el requisito de quince años de ejercicio efectivo en su profesión se cumplía o no por el designado.



## II. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994 aborda un problema planteado en nuestro país como consecuencia de un recurso interpuesto por una serie de asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales contra el Real Decreto de nombramiento del Fiscal General del Estado. La importancia y relevancia social de la cuestión planteada llevó al Tribunal Supremo a fallar el asunto convocando en pleno la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo de dicho Tribunal. La Sentencia cuenta con dos votos particulares formulados por los Magistrados don Juan García-Ramos Iturralde y otro formulado por don José María Morenilla Rodríguez y ha sido Ponente de la misma el Magistrado señor Trillo.

Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo se resumen en los que dan título a los tres apartados siguientes, a los que hay que añadir un largo razonamiento en torno a los defectos de procedimiento y su trascendencia jurídica respecto del acto final. Este desarrollo argumental, que no hemos analizado porque reproduce tesis generales en el marco del procedimiento administrativo, viene al hilo de que no se adjuntó al expediente el contenido del voto particular suscrito por seis de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, formulado como consecuencia de la preceptiva audiencia concedida a dicho órgano antes del nombramiento del Fiscal General del Estado.

La doctrina general establecida en este punto por el Tribunal Supremo parte de reconocer que el hecho apuntado constituye una irregularidad, pero que «el trámite cumplió suficientemente su fin, en razón de las siguientes circunstancias: primera, no hubo omisión de la audiencia, sino que simplemente se llevo 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 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 había informado de su existencia en el primer comunicado del Consejo General del Poder Judicial...».

El hecho de que los razonamientos utilizados por el Tribunal Supremo apliquen los argumentos tradicionales en materia de vicios procedimentales justifican que el resumen efectuado en el párrafo anterior nos dispense de



efectuar otras consideraciones que reservamos para las cuestiones específicas que se plantean en el supuesto analizado.

## **1. La naturaleza jurídica del acto impugnado y su control jurisdiccional**

El primer problema planteado en la Sentencia es el de la propia competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la impugnación del Real Decreto, dado que el mismo, desde un punto de vista conceptual, podría ser considerado un acto político excluido de la impugnación en dicha vía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El tema fue planteado por el Abogado del Estado tanto en la fase de alegaciones previas, resuelta por Auto de 18 de enero de 1993, como en la propia contestación a la demanda.

La Sentencia aborda esta cuestión analizando la naturaleza jurídica del acto de nombramiento del fiscal general del Estado, naturaleza que, a juicio del Tribunal está «más próxima a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa».

Esta tesis, según el propio Tribunal, exige abordar previamente el problema de los actos políticos no sometidos a control jurisdiccional. Este examen comienza por admitir el fenómeno y cita como ejemplo de esta admisión las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y 2 de octubre de 1987, y del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1990 y 26 de noviembre de 1992. Estas sentencias parten de la existencia de un ámbito de actuación política del gobierno que no es susceptible de revisión jurisdiccional.

Esta admisión, según la Sentencia, «oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios, normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan en favor de su restricción y cuyo sistemático acoplamiento obligará con frecuencia a acudir a la sensibilidad judicial para alcanzar un pronunciamiento individualizado que de solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho». La Sentencia intenta a continuación la búsqueda de los principios que deben inspirar la resolución de los supuestos concretos. El primero de esos principios, según la Sentencia es el artículo 24.1. de la Constitución, que consagra el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, 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 que haya sido lesionado por dicha actividad». Esta aparente incompatibilidad, se resuelve en la Sentencia indicando que la solución no es, en el presente supuesto, la de determinar si estamos ante un acto político, sino si estamos ante un acto sometido o no al derecho administrativo y, por tanto, fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa según dispone el artículo 1.º de la misma.

El segundo precepto de importancia es, según indica la Sentencia, el artículo noveno de la Constitución, cuando somete a la totalidad de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantiza el principio de igualdad, «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». El juego de ambos principios lleva al Tribunal a reconocer la existencia del acto no sometido al control jurisdiccional de legalidad, si bien, dice más adelante, «esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos 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».

Desde esta consideración estamos ante un acto no susceptible de fiscalización en su contenido final pero al que se le reconoce un ámbito de control en aquellos elementos señalados por la norma y que afectan bien al procedimiento para la toma de la decisión o al señalamiento de determinados requisitos de carácter general que deben cumplirse para dictar el acto sin prejuzgar la decisión final en la que no cabe la fiscalización jurisdiccional.

Estas consideraciones le permiten al Tribunal indicar que existe un ámbito de fiscalización en este tipo de actos en los que puede distinguirse una serie de cuestiones sometidas a las normas y, por tanto, fiscalizables jurisdiccionalmente y, otro, en el que por el ámbito material o como en este supuesto por la incardinación constitucional de la figura, no es admisible la revisión jurisdiccional.

La Sentencia comentada enmarca la cuestión en estos mismos términos ya que si, como hemos visto, la Constitución no impone ni exige ningún tipo de requisito añadido a los que hemos analizado, para el nombramiento

del Fiscal General del Estado, sí es necesario indicar que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha querido efectuar esa delimitación o concreción precisando que el nombramiento debe recaer «entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión...». Sobre este requisito la Sentencia, muy acertadamente, indica que «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».

Desde las anteriores consideraciones, indica la Sentencia, «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 preciso emanado de las Cortes Generales»<sup>1</sup>.

## **2. La legitimación de los demandantes**

La segunda de las cuestiones previas que tiene que resolver el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada es la de la legitimación de los recurrentes planteada, también, como cuestión de inadmisibilidad por el Abogado del Estado. A este respecto es necesario comenzar por señalar que el recurso analizado y resuelto por la Sentencia es el resultado de la acumulación de los interpuestos por la Unión Judicial Independiente (recurso núm. 7105/1992),

---

<sup>1</sup> Esta tesis no es compartida por el Magistrado D. José María Morenilla Rodríguez, que formula un voto particular a la citada Sentencia que propone en el mismo la aceptación de la causa de admisibilidad invocada por el Abogado del Estado de incompetencia de jurisdicción. A este respecto indica dicho voto particular que «la conclusión de que esta Sala carece manifiestamente de jurisdicción para conocer del acto impugnado para conocer del acto impugnado por no estar sujeto al Derecho administrativo se alcanza, en consecuencia sin acudir a la vieja y hoy desacreditada distinción entre actos administrativos y actos políticos que, al socaire de la inmunidad jurisdiccional de estos últimos, según el artículo 2, b), de la ley Jurisdiccional, dejan sin control alguno al actuación de los poderes públicos, en el presente caso del Gobierno...» Esta conclusión se base en la naturaleza del acto de nombramiento que «no es sin embargo un acto del Consejo de Ministros sino un acto «debido» del Rey efectuado por mandato expreso del artículo 124.4. de la Constitución, a propuesta del Gobierno oído el Consejo General del Poder Judicial, atendida la específica naturaleza y las misiones del Ministerio Fiscal y su inserción en el Poder Judicial... La propuesta del Gobierno es, por consiguiente, un acto de gobierno, de naturaleza constitucional, que no puede ser calificado de acto de la Administración ni ser controlado por los Tribunales, conforme al artículo 106.1 de la Constitución... Los tribunales de justicia ... no tienen intervención en esos nombramientos y carecen por consiguientes, de jurisdicción para controlarlos, al quedar constitucionalmente excluidos de ellos...»

por la Asociación Profesional de la Magistratura (recurso número 7143/1992) y por la Asociación de Fiscales (recurso número 7167/1992).

En síntesis la línea argumental utilizada por el Abogado del Estado es la negar que las Asociaciones Profesionales indicadas tengan «interés directo» en el acto de nombramiento del Fiscal General del Estado. La Sentencia comienza por recordar que el influjo que el artículo 24.1. de la Constitución tiene sobre la legitimación permite aludir a una interpretación amplia de la misma. Es más, se recuerda que existe una línea jurisprudencial, representada, básicamente, por los Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1990, en la que «prácticamente se considera que la noción legal de interés directo ha sido sustituida pura y simplemente por la constitucional de interés legítimo». La concreción de lo que debe entenderse por tal se efectúa indicando 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 de origen un perjuicio, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja...»<sup>2</sup>.

Establecidas las anteriores consideraciones de orden general la Sentencia trata de encontrar el beneficio hipotético de los recurrentes en el mantenimiento o anulación de la resolución recurrida. Este razonamiento pasa señalar que el asociacionismo judicial es la específica fórmula de representación de este colectivo al que por expresa disposición constitucional le está prohibido pertenecer a partidos políticos o sindicatos (art.127 de la Constitución). Este precepto constitucional esta desarrollado por el artículo 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que indica que «de acuerdo con lo establecido en el artículo 127 de la Constitución, se reconoce el derecho de libre asociación profesional de Jueces y Magistrados que se ejercerá de acuerdo con las reglas siguientes: 1.ª Las asociaciones de Jueces y Magistrados tendrán personalidad jurídica plena y capacidad para el cumplimiento de sus fines. 2.ª Podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos...». En el mismo sentido, el artículo 54 del Estatuto del Ministerio Fiscal afirma que las Asociaciones profesionales de Fiscales «podrán tener como fines lícitos

<sup>2</sup> Esta formulación podía encontrarse en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1985 y 18 de diciembre de 1984. Debe tenerse en cuenta que conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1982, dicho interés debe cumplir, además, el requisito de ser actual.

tos 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...».

Pues bien llegados a este punto la Sentencia señala que el reconocimiento de legitimación en el presente supuesto está vinculado 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...»<sup>3</sup>. Para establecer este nexo la Sentencia comienza por analizar el papel constitucional del Ministerio Fiscal para llegar a la conclusión de que en esta institución el papel y la relevancia del Fiscal General del Estado es absolutamente clave asumiendo la filosofía del «viejo brocado que afirmaba que “el Fiscal es el Fiscal del Tribunal Supremo” (hoy Fiscal General del Estado...». En base a lo anterior la Sentencia indica que es necesario extender el «concepto estricto de interés profesional en el sentido de no limitarlo a aspectos tan obvios 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...». En clara consonancia con la tesis expuesta la Sentencia finalmente declara que «en este caso, al denunciarse una posible ilegalidad supuestamente cometida al nombrar el Fiscal General del Estado, aparece afectado aquel estatuto jurídico básico, lo que determina que debemos considerar legitimada a la Asociación de Fiscales para pretender procesalmente su anulación...».

---

<sup>3</sup> Señala la Sentencia que las partes alegaban sobre el tema de la legitimación dos Sentencias del Tribunal Constitucional, de 25 de febrero de 1987 y otra del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1989. La primera de ellas contiene una doctrina general de suma importancia cuando indica que «las asociaciones legalmente constituidas tienen derecho a ejercitar ante los Jueces y Tribunales las acciones que correspondan en defensa de sus derechos e intereses legítimos; pero este derecho no está integrado en el de asociación, sino en el de tutela judicial garantizado por el artículo 24.1. de la Constitución...». Esta doctrina establecida en el ámbito de un recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1985 que declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto por una asociación de fiscales contra el Real Decreto por el que se nombra un Fiscal del Tribunal Supremo, por considerar que el acto de nombramiento se desenvolvía en el ámbito personal del nombrado y de aquellos fiscales que pudieran considerarse lesionados sus derechos o intereses legítimos y, en segundo término, porque el acto de nombramiento no es una disposición de carácter general en la que aquella Asociación tenga una legitimación reconocida. El Tribunal Constitucional anuló la citada Sentencia del Tribunal Supremo indicando que la su «interpretación es claramente restrictiva y, en tal sentido, vulneradora del derecho fundamental de la Asociación demandante porque no puede ser extraño a su interés profesional el margen de discrecionalidad administrativa con que se realicen los ascensos y promociones en la Carrera Fiscal. Además, el artículo 32 de la LJCA no distingue entre actos y disposiciones...»

Los argumentos utilizados por la Sentencia para reconocer la legitimación de las Asociaciones de Fiscales son diferentes. Según el Tribunal Supremo, la conexión con el interés legitimador de las mismas debemos buscarlos en el «valor independencia», «que define al poder judicial como condición inexcusable de existencia del Estado de Derecho... ese valor de independencia, que es el que en última instancia justifica la existencia de los jueces, se integra como elemento definido de la profesión, de forma que las actuaciones que puedan desarrollar en torno al marco legal en que dicha independencia encuentra acogida no pueden considerarse ajenas al interés profesional de las Asociaciones Judiciales...». Como consecuencia de lo anterior el reconocimiento de la legitimación es obvio ya que el ministerio fiscal se configura en la Constitución como un instrumento para preservar la independencia de los Tribunales (art. 124.1)<sup>4</sup>.

### 3. La interpretación del Tribunal Supremo del concepto «servicios efectivos»

Después de analizar, podemos afirmar que con una minuciosidad extrema, los problemas procesales y procedimentales surgidos en el propio proceso y los trámites previos al nombramiento del Fiscal General del Estado, abordará el Tribunal Supremo la resolución del fondo de la cuestión plantada, esto es la interpretación de qué debe entenderse por servicios efectivos en la respectiva carrera. Del parecer de la mayoría disidente dos magistrados que formulan, respectivamente, dos votos particulares<sup>5</sup>.

Una vez planteada la cuestión es necesario recordar que los requisitos para el nombramiento de Fiscal General del Estado se encuentran en el artículo

<sup>4</sup> La Sentencia aborda, en este punto, la posible contradicción de esta doctrina con la establecida por el propio Tribunal en el Sentencia de 27 de enero de 1989, en la que sobre este mismo punto había afirmado que «invocando un elemento esencial y definido 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 de legalidad siquiera éate llega a tener un alcance constitucional...». La contradicción, dice ahora el Tribunal Supremo era «puramente inicial.. 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 aquella pretendía intervenir...»

<sup>5</sup> En ambos votos se llega a la conclusión, en razón a fundamentos diversos, de que el nombramiento se ajustaba a Derecho, si bien merece recordar lo que señala en el último fundamento de su voto el magistrado D. Juan García-Ramos Iturralde cuando refiriéndose a los fundamentos quinto y sexto de la Sentencia indica que alberga «muchas dudas de la corrección jurídica de lo decidido por la Sentencia de la que disiente, dudas que le impiden, por lo expuesto en el fundamento anterior, compartir el criterio de la mayoría de sus compañeros...».

lo 29.1 del Estatuto del Ministerio Fiscal que se refiere, por un lado, a la condición de jurista de reconocido prestigio, y por otro como concreción de aquel concepto, a que cuente con más de quince años de ejercicio efectivo en su profesión.

Por tanto y a priori las pautas de este nombramiento pasan por ser jurista de reconocido prestigio, concepto indeterminado y de clara interpretación subjetiva y en que tienen cabida tanto quienes administran justicia, como quienes ejercen profesionalmente funciones jurídicas por cuenta propia o para el Estado, como, incluso, quienes se dedican a la teoría y la enseñanza del Derecho. La práctica nos ha demostrado que cuando las normas sustantivas establecen este requisito<sup>6</sup>, la respuesta y los nombramientos permiten aludir a la existencia de un amplio margen de decisión y, en consecuencia, a una interpretación también amplia.

Esta primera aproximación al tema nos permite abordar un primer planteamiento respecto de la cuestión central, esto es, la exigencia de quince años efectivos en «su profesión». El Estatuto parece estar pensando aquí en un jurista de escalafón que ingresa en el ejercicio de su profesión y permanece en ella a lo largo de toda su vida profesional. Esta primera aproximación es marcadamente incorrecta ya que si el concepto de jurista no es ni puede ser homogéneo es claro que tampoco puede serlo el tiempo de permanencia en dicha hipotética condición. En resumen y por aclarar más la posición es, a nuestro juicio, perfectamente posible que esos quince años en la profesión lo sean en una de ellas o, por el contrario, sean fruto de la adición de períodos que en sí mismos considerados permitan acceder a la misma condición.

Establecido lo anterior la segunda consideración de importancia está en las reglas de cómputo de los quince años. A nuestro juicio, no queda otro remedio en este punto que asumir las que proceden de las respectivas profesiones. Esta misma posición se mantiene por el Tribunal Supremo que enlaza el cómputo de los quince años con la regulación jurídica de las situaciones administrativas de los jueces y magistrados, ya que en el caso analizado, se trataba de una persona que pertenecía a dichos Cuerpos de funcionarios. Es claro, que la efectividad según el Tribunal Supremo es un concepto relativo y no absoluto que debe analizarse en el contexto respectivo y conforme a sus respectivas reglas.

---

<sup>6</sup> Como ejemplo pueden citarse: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (art. 18); Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (art. 6) y Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (art. 123).

Pues bien, en el presente caso el Tribunal Supremo comienza por analizar la situación administrativa de servicios especiales, en la que se encontró el señor Hernández Gutiérrez durante una época de su trayectoria profesional como consecuencia de haber desempeñado el cargo de Delegado del Gobierno en Canarias y de Gobernador Civil de Las Palmas. La situación de servicios especiales es, como dice el Tribunal Supremo, una situación administrativa que «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 hubieran 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...*»

La tesis de la Sentencia aparece clara: la situación administrativa de servicios especiales mantiene en la situación administrativa de origen y, por ende, en la propia carrera unos derechos semejante a los que produce la situación de servicios activos, pero estos efectos están expresamente previstos en la norma y se extienden únicamente a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. No lo dice la Sentencia, pero, de conformidad con el artículo 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, alcanza también a la reserva de puestos de trabajo en las condiciones que expresamente se plasman en el artículo 9 del Real Decreto 730/1986, de 11 de abril de situaciones administrativas. Esta misma regulación y, como reclama la Sentencia del Tribunal Supremo, con el mismo alcance se encuentra en el artículo 353-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como aplicable a los jueces y magistrados que puedan pasar a la situación de servicios especiales.

El juicio del Tribunal sobre la extensión de los efectos de la situación de servicios especiales es claro cuando indica que «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».

A nuestro juicio, el razonamiento expuesto no es correcto ni completo. La falta de corrección se debe a que anteriormente hemos indicado que el

razonamiento del Tribunal Supremo partía de que no es posible encontrar en el Estatuto del Ministerio Fiscal una norma que de interpretación, de alcance general, para todos los supuestos correctos en los que un jurista de reconocido prestigio está en el ejercicio efectivo de su profesión. Reiteramos que la indeterminación del concepto lo es también de sus reglas de cómputo que deben venir marcadas por sus específicos regímenes jurídicos<sup>7</sup>.

No obstante lo anterior, es lo cierto que el Tribunal Supremo realiza una interpretación de conjunto indicando que la precisión «efectivos» debía entenderse como una matización querida por el legislador conocedor del régimen de situaciones administrativas porque precisamente se regulan en el mismo Estatuto, como específicamente lo prueba el propio artículo 29 del Estatuto que prevé que si el nombramiento de Fiscal General recayese sobre algún miembro de la carrera fiscal, el mismo quedaría en situación administrativa de servicios especiales. De este argumento deduce el Tribunal otro según el cual «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 conceptos derivados de ellas, como son el de la antigüedad con relación a los servicios especiales, sino que consagra una noción autónoma, la de ejercicio efectivo de la profesión lo que requiere una interpretación autónoma...». La necesidad de esta interpretación autónoma no deriva, a nuestro juicio, de la intención del legislador de desvincular los servicios efectivos del régimen jurídico de las situaciones administrativas o de los efectos derivados de las mismas, sino del deseo del legislador de dar entrada a un concepto que pueda agrupar regímenes jurídicos diferentes como son los que pueden dar acceso a la condición de jurista de reconocido prestigio.

En la línea de intentar un acotamiento de ese concepto autónomo al que anteriormente hacíamos referencia el Tribunal señala 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... como méritos propios de una actividad profesional el tiempo en que ésta no ha sido efectivamente ejercitada...». Sin embargo, esos efectos de

---

<sup>7</sup> Como prueba de la anterior afirmación cabría cuestionarse, por ejemplo, y sensu contrario si un docente dispensado de docencia por ocupar un cargo en la Administración Universitaria está realmente en el ejercicio efectivo de su profesión.

sustitución son precisamente los que tratan de evitarse, según el Tribunal Supremo, con la dicción literal del Estatuto Fiscal que «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 a determinados efectos...»<sup>8</sup>.

Por último la Sentencia aborda la consideración de si los servicios prestados en un cargo de designación política pueden ser considerados como ejercicio de una profesión de carácter jurídico. Esta cuestión es resuelta de forma expeditiva por la Sentencia cuando afirma que «la contestación no puede ser otra que negativa, desde el momento en que ni siquiera la licenciatura de derecho es precisa para desempeñar el cargo». Tan expeditivo argumento lleva al Tribunal Supremo a enjuiciar las funciones de los Gobernadores civiles, incluso las que tienen un claro contenido jurídico, y señala que «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 del 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 (art. 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...».

### III. A modo de primeras conclusiones

El análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de realizar nos presenta una línea argumental con la que puede estarse en completo

---

<sup>8</sup> El tribunal Supremo debe aquí salir al paso, de nuevo, de su propia jurisprudencia y en concreto de la compatibilidad de la interpretación que efectúa con la Sentencia de 22 de diciembre de 1989 que había reconocido como servicios efectivos los de un Magistrado mientras desempeña su cargo de Gobernador Civil. La Sala entiende que no hay contradicción ya que se limitó a aplicar la disposición transitoria 8ª.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a reconocer, con los efectos que en la misma se establecen, como situación de servicios efectivos los que les correspondían pese a haber estado en situación de excedencia voluntaria.

acuerdo cuando analiza la naturaleza jurídica del acto impugnado y señala que aunque su contenido es claramente político el legislador ha decidido limitar el ejercicio de las facultades políticas exigiendo una serie de requisitos objetivos cuyo control y observancia puede ser fiscalizado por los Tribunales. En esta línea es necesario recordar que el argumento utilizado por el Tribunal tiene una clara tradición en el ámbito de las facultades discrecionales en las que la jurisprudencia había venido indicando que la discrecionalidad no podía referirse a la totalidad de las facultades que conforman el acto administrativo, sino a alguna de ellas por lo en el resto era posible la fiscalización conforme a las reglas y criterios tradicionales del derecho administrativo. A nuestro juicio esta parte de la Sentencia es de una corrección técnica propia del órgano del que procede.

La segunda cuestión es la que nos plantea mayores dudas no solo porque constituye la esencia del tema planteado sino porque aun compartiendo, en el plano teórico, el resultado final de la Sentencia, la línea argumental parece menos sólida y no resuelve los problemas con alcance general cuando, a nuestro juicio, hubiese sido fundamental encontrar una interpretación que aclare suficientemente un tema de tanta importancia.

Las dudas interpretativas surgen de la concepción que se mantiene en la Sentencia de que los servicios efectivos prestados en una determinada profesión deben ser reales sin aceptar las reglas que su propio régimen jurídico puedan establecer en cuanto a convalidaciones o efectos sustitutorios. A nuestro juicio la efectividad debe tener el alcance que se establezca en las propias normas reguladoras que son las que deben ser objeto de análisis en cada caso.

Sobre este extremo y centrándonos en el cómputo y la interpretación de las reglas que efectúa el Tribunal Supremo en cuanto a los efectos de la situación administrativa de servicios especiales es necesario poner en duda que, como se afirma en la Sentencia, la finalidad del legislador al establecer esta situación fuese la de limitar sus efectos a los tres o cuatro aspectos reseñados (ascensos, trienios, clases pasivas y reserva del puesto de trabajo). A nuestro juicio, las referencias que se contienen de forma expresa no tratan de establecer una limitación de efectos como la que se propone ya que las menciones específicas responden a que son las únicas compatibles entre la nueva situación administrativa y la de servicio activo, también regulada en forma diferente en las normas de función pública que traen su origen en la reforma de 1984. Si debe indicarse que esta interpretación completa un proceso de redefinición de los efectos de esta situación y que en estos momentos esta sien-

do enervada mediante normas sectoriales que matizan específicamente los efectos de esta situación administrativa.

La concepción estatutaria de la función pública unida a la consideración del estatuto de los funcionarios públicos como norma básica, según establece el artículo 149.1.18 de la Constitución, hace necesario que se replanteen los efectos y el propio alcance de esta situación administrativa ya que de futuro va a resultar difícil reconocer que los trienios en cuanto servicios a la Administración deben disociar sus efectos según que respondan a ejercicio efectivo o a ejercicio considerado o reconocido y que los mismos pueden esgrimirse o no en función de tal circunstancia.

Como complemento de lo anterior es necesario señalar que las consideraciones que efectúa el Tribunal Supremo en torno al contenido de la actividad política también nos plantean algún tipo de duda dado que los cargos de representación política no siempre tienen un contenido jurídico para tampoco puede excluirse éste a priori (por ejemplo, ministro de justicia e interior) y aunque es cierto que para desarrollar dicho cargo no es necesario ni siquiera ser licenciado en derecho es lo cierto que quienes lo desempeñan siéndolo pueden ejercer algún tipo de actividad jurídica al servicio del Estado. Ni la exclusión por razón de título, ni la genérica referida al contenido de la función política nos parecen argumentos definitivos, que habrán de ponderarse en cada caso pero que no poseen ese efecto excluyente que la Sentencia pretende. Es necesario insistir que aunque tengan asesores y en general funcionarios que realicen las labores materiales no puede excluirse la juridicidad potencial de la actuación del ministro de justicia, por ejemplo. Este consideración reproduce el problema que planteábamos al principio en relación con los difíciles contornos de la definición de la profesión jurídica a los efectos de lo que aquí se analiza y que de admitirse el criterio amplio que generalmente se propone no resulta compatible con la acotación que hace el Tribunal al indicar que una misma función es jurídica para quienes la sirven desde funcionarios de carrera y no jurídica para quienes lo hacen desde la representación política o la designación de éste orden.

Las anteriores consideraciones formuladas exclusivamente en el plano de la duda y con el respeto esencial que a cualquier operador jurídico, tiene de quien formula las interpretaciones jurídicas en última instancia, nos colocan ante un pronunciamiento judicial que puede compartirse en cuanto a su resultado final pero que evidentemente plantea nuevos problemas de interpretación sobre la cuestión examinada.