



Roj: **STS 3397/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3397**

Id Cendoj: **28079130042023100475**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **20/07/2023**

Nº de Recurso: **745/2022**

Nº de Resolución: **1051/2023**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.051/2023

Fecha de sentencia: 20/07/2023

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

Número del procedimiento: 745/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 745/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1051/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 20 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 745/2022, interpuesto por el procurador don Jacobo de Gandarillas Martos, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN DE FISCALES**, contra el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala a don Juan Francisco y se le nombra Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado.

Han sido partes recurridas, la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (MINISTERIO DE JUSTICIA)** representada y asistida por la Abogada del Estado y **DON Juan Francisco** representado por el procurador de los Tribunales don Ángel Martín Gutiérrez y defendido por el letrado don José María de Castro Llorente . .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso por el procurador de los tribunales don Jacobo de Gandarillas Martos, en nombre y representación de la Asociación de Fiscales, el día 1 de septiembre de 2022, contra el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda por diligencia de ordenación de 28 de septiembre de 2022.

En el escrito de demanda, presentado el día 28 de octubre de 2022, se solicitó que se dicte sentencia por la que:

"[...] se estime la demanda y se declare la nulidad del Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala a don Juan Francisco y se le nombra Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2022), acordando la retroacción de actuaciones para que el Fiscal General del Estado emita una nueva propuesta que dé razón de la mayor idoneidad del candidato que proponga para el cargo controvertido tras ponderar y analizar, siempre en cuanto a la materia de menores, los méritos de los dos candidatos en liza, razonamientos que permitan deducir su juicio sobre la capacidad según las exigencias que se prevén para la actuación del Ministerio Fiscal en materia de menores. [...]".

No solicitándose el recibimiento del pleito a prueba y solicitando se acuerde el trámite de conclusiones.

TERCERO.- Habiéndose dado traslado al Abogado del Estado del escrito de demanda, presentó escrito de contestación el día 29 de noviembre de 2022 en el que suplicó que se desestime este recurso con los demás pronunciamientos legales.

Mediante resolución de 29 de noviembre de 2022 se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado y se acordó dar traslado de la demanda a la representación de don Juan Francisco para contestación de la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que solicita a la Sala:

"[...] que teniendo por presentado este escrito y por presentado escrito de CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, con copia para la parte recurrente y para la Abogacía del Estado, y, previos los trámites legales, en su día dicte Sentencia por la que se declare, CON DESESTIMACIÓN INTEGRAL DE LA MISMA, que el del Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, es conforme a Derecho, con expresa condena en costas a la parte recurrente. [...]".

Solicitando por medio de otrosí, "[...] esta parte NO interesa el recibimiento a prueba del proceso, NI la formulación de conclusiones sucintas, sin perjuicio de lo establecido en el nº 1 del Art. 61, y Art. 57. 2º de la Ley de la Jurisdicción, si la Sala lo acordare. [...]".

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, mediante diligencia de ordenación de 11 de enero de 2023, se concedió al representante procesal de la parte demandante el plazo de diez días a fin de que presentara escrito de conclusiones sucintas sobre los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye.

La parte recurrente presentó escrito de conclusiones el día 23 de febrero de 2023.

Por diligencia de ordenación de 25 de enero de 2023 se tuvo por evacuado el traslado conferido a la parte recurrente, se dio traslado por diez días a las partes recurridas para que presentaran las suyas.

El procurador de los Tribunales don Ángel Martín Gutiérrez, en nombre y representación de don Juan Francisco, presentó escrito de conclusiones el 8 de febrero de 2023 y la Abogada del Estado presentó escrito de conclusiones el día 9 de febrero de 2023.

QUINTO.- Mediante providencia de 4 de mayo de 2023, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 27 de junio del corriente y se designó magistrada ponente a la Excm. Sra. doña María del Pilar Teso Gamella, fecha en que tuvo lugar tal acto y al no prosperar su ponencia, anunció voto particular, por lo que asumió la ponencia el Excmo. Sr. Don Luis María Díez-Picazo Giménez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo es interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Fiscales contra el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala a don Juan Francisco y se le nombra Fiscal de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado.

Los antecedentes del asunto, por lo que ahora específicamente importa, son como sigue. A propuesta de la Fiscal General del Estado y mediante Orden JUS/90/2021, de 27 de enero, se convocaron diversas plazas de la Carrera Fiscal. Entre ellas se encontraba la de "Fiscal de Sala-Primera, Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado". A las plazas de la categoría primera, como la ahora considerada, podían concurrir tanto los individuos del Ministerio Fiscal con categoría de Fiscal de Sala (categoría primera), como aquellos pertenecientes a la categoría segunda con más de veinte años de servicios en la Carrera Fiscal.

Entre quienes concurren a la mencionada plaza, dos solicitantes obtuvieron apoyos en el trámite de informe ante el Consejo Fiscal: don Edmundo que ostentaba ya la categoría de Fiscal de Sala (seis votos); y don Juan Francisco, entonces perteneciente a la categoría segunda (cinco votos). La Fiscal General del Estado propuso al señor Juan Francisco, a quien mediante Real Decreto 212/2021 se le adjudicó la plaza y se le promovió a la categoría de Fiscal de Sala.

Contra el Real Decreto 212/2021 se interpusieron dos recursos contencioso-administrativos, uno por el señor Edmundo y otro por la Asociación de Fiscales, que fueron estimados por las sentencias de esta Sala nº 452/2022 y nº 453/2022, ambas de 19 de abril de ese año. Según dichas sentencias, dada la enorme diferencia entre ambos candidatos en cuanto a méritos en lo específicamente atinente al Derecho de Menores, la preferencia otorgada al señor Juan Francisco adolecía de falta de motivación. Por ello, tras anular el acto administrativo impugnado, la Sala retrotrajo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de nombramiento, con la indicación de que esta debía estar adecuadamente motivada con respecto al perfil y las características de la plaza a cubrir.

A raíz de ello, el 5 de mayo de 2022, la Fiscal General del Estado hizo una nueva propuesta para cubrir la plaza de Fiscal de Sala de Menores, en que a lo largo de veintidós páginas argumenta su preferencia por el señor Juan Francisco. Con base en esta nueva propuesta se dictó el acto administrativo ahora impugnado, por el que se promueve al señor Juan Francisco a la categoría de Fiscal de Sala y se le nombra Fiscal de Sala de Menores.

El nuevo nombramiento del señor Juan Francisco llevado a cabo mediante el Real Decreto 417/2022 fue objeto de un incidente de ejecución de sentencia promovido por la Asociación de Fiscales, por entender que se trataba de un intento de eludir las consecuencias de las sentencias nº 452/2022 y nº 453/2022. Dicho incidente de ejecución fue desestimado por esta Sala mediante auto de 20 de septiembre de 2022, que rechazó que existiera una deliberada intención de incumplir las referidas sentencias.

SEGUNDO.- Antes de examinar los escritos de las partes, es preciso dar cuenta de los argumentos desplegados en la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022, ya que el litigio versa fundamentalmente sobre el contenido de dicho acto. Así, la mencionada propuesta insiste en que, para la cobertura de la plaza de Fiscal de Sala de Menores, más importancia que la especialización propiamente dicha en Derecho de Menores debe otorgarse a la experiencia y capacitación en la jefatura de fiscalías; algo que el señor Juan Francisco ha acreditado sobradamente como Fiscal-Jefe en Madrid y que, por el contrario, no tiene el señor Edmundo.

Señala igualmente la Fiscal General del Estado que el señor Edmundo no ha ejercido la función jurisdiccional durante más de diez años, por haber desempeñado otro tipo de misiones dentro del Ministerio Fiscal. A este respecto conviene aclarar que lo que la Fiscal General del Estado denomina "función jurisdiccional" parece ser la actividad forense o de postulación e informe ante los tribunales: a nadie se le escapa que, en España, solo los jueces y tribunales ejercen la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 de la Constitución). En todo caso, la idea es que el señor Juan Francisco sí tiene amplia práctica reciente en esa actividad.

Se subraya que el señor Juan Francisco tiene un amplio conocimiento del Derecho Constitucional, adquirido como Letrado al servicio del Tribunal Constitucional; lo que, siempre según la Fiscal General del Estado, tiene una particular importancia en el ámbito de los menores.

En fin, la propuesta de 5 de mayo de 2022 se refiere en varias ocasiones a la sintonía del señor Juan Francisco con la orientación que la Fiscal General del Estado tiene acerca de la Fiscalía de Sala de Menores y, más en general, con su política criminal. Subraya, en este sentido, que la Fiscal General del Estado tiene derecho a expresar su preferencia por aquellos candidatos que mejor encajen con su orientación. Y hace, en este sentido, algunas observaciones críticas hacia el señor Edmundo.

TERCERO.- En el escrito de demanda, la recurrente reprocha al acto administrativo varias infracciones del art. 23 de la Constitución, consistentes en la atribución al señor Juan Francisco de varios méritos que no figuraban en el *curriculum vitae* que aportó en su día al postularse para la plaza, así como en la negación de algunos méritos alegados por el señor Edmundo. Siempre en este orden de consideraciones, sostiene la recurrente que la pretendida falta de sintonía del señor Edmundo con el modelo o proyecto de la Fiscal General del Estado no es una razón jurídicamente válida para no adjudicarle la plaza. Y subraya, sobre todo, que la propuesta de 5 de mayo de 2022 elude dar ninguna explicación sobre el punto central de este asunto, a saber: la especialización y experiencia de cada uno de los candidatos en materia de Derecho de Menores.

Afirma la recurrente, por lo demás, que el acto administrativo impugnado está incurso en desviación de poder, porque no sirve la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico para la potestad de propuesta atribuida a la Fiscal General del Estado.

CUARTO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, comienza observando que esta Sala ya ha comprobado que no hay falta de motivación en el acto impugnado al desestimar el incidente de ejecución de sentencia promovido en su día por la Asociación de Fiscales, que sostenía que el Real Decreto 417/2022 suponía un apartamiento del sentido del fallo de nuestras sentencias nº 452/2022 y nº 453/2022. Ello implica, siempre según el Abogado del Estado, que no cabe ahora volver sobre el tema de la suficiencia de motivación del acto administrativo impugnado.

Una vez dicho lo anterior, el escrito de contestación a la demanda subraya que la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022, que opera como motivación del acto administrativo impugnado, explicita de manera clara y pormenorizada las razones por las que se propuso al señor Juan Francisco, en vez del señor Edmundo. Y entre tales razones destaca que aquel -a diferencia del ahora recurrente- tiene amplia experiencia en el ejercicio de la jefatura en una fiscalía tan importante como la de Madrid; que tiene un profundo conocimiento del Derecho Constitucional, con lo que ello supone para los asuntos relativos a menores, adquirido cuando fue Letrado al servicio del Tribunal Constitucional; y que tiene amplia experiencia reciente en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Hay otras dos razones recogidas en la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022 a las que el Abogado del Estado atribuye especial peso. Una es la sintonía del señor Juan Francisco con el modelo de Fiscalía de Menores auspiciado por la Fiscal General del Estado, así como con el sentido de la política criminal impulsada por ella. Y la otra es que la debida motivación de la preferencia expresada por la Fiscal General del Estado no puede limitarse a una comparación de los méritos de cada uno de los candidatos en materia de Derecho de Menores. A este respecto insiste, al igual que lo hizo la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022, en que la especialización en la referida materia no es necesaria para ejercer la jefatura de la Fiscalía de Menores, donde mucho más importante resulta la capacidad de mando y dirección: la especialización en la materia sería, así, importante solo para los fiscales subordinados en dicha unidad.

Niega el Abogado del Estado, en fin, el reproche de desviación de poder, diciendo que no ha quedado acreditado que la finalidad perseguida por la Fiscal General del Estado al hacer su nueva propuesta para la cobertura de la plaza de Fiscal de Sala de Menores fuera espuria ni distinta de la legalmente prevista.

QUINTO.- En cuanto al escrito de contestación a la demanda del señor Juan Francisco, es más breve que el presentado por el Abogado del Estado; pero en sustancia utiliza los mismos argumentos.

SEXTO.- Abordando ya el tema litigioso, conviene destacar que este recurso contencioso-administrativo es similar -si bien no idéntico en todos los razonamientos seguidos por la recurrente- al que, frente al mismo acto administrativo y con nº 707/2022, promovió el señor Edmundo y que ha sido deliberado y resuelto por esta Sala conjuntamente con este. Por ello, la fundamentación que sigue es la misma que la que ha conducido a la estimación parcial de ese otro recurso contencioso-administrativo.

"[...] **SEXTO.-** Abordando ya el tema litigioso, conviene comenzar rechazando la afirmación de las partes demandadas de que no cabe ahora examinar la suficiencia de la motivación del acto administrativo impugnado. El hecho de que este fuese objeto de un incidente de ejecución ya desestimado por esta Sala no avala tal afirmación. De entrada, porque el incidente de ejecución fue promovido por la Asociación de Fiscales, no por el aquí recurrente. A ello debe añadirse que el mencionado incidente de ejecución fue desestimado porque esta Sala no apreció en el Real Decreto 417/2022, junto con la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de

mayo de 2022 que le sirve de motivación, una intención deliberada de incumplir las sentencias nº 452/2022 y nº 453/2022. Pero de aquí no se sigue que la desestimación del incidente de ejecución suponga una especie de blindaje del nuevo acto administrativo, dictado para reemplazar al que fue anulado por las referidas sentencias, ni menos aún que no puedan ser denunciados cualesquiera otros vicios.

Es más: el ahora recurrente -que no promovió ningún incidente de ejecución- ha iniciado un nuevo recurso contencioso-administrativo y lo dirige contra un nuevo acto administrativo. Y que este nuevo acto administrativo sea consecuencia de haber sido anulado otro anterior no puede traer consigo una limitación de la plenitud del control jurisdiccional que el afectado tiene derecho a solicitar. Tan es así que las sentencias nº 452/2022 y nº 453/2022 no imponían ni presuponían necesariamente que la nueva propuesta hubiera de recaer sobre el mismo candidato: si el candidato propuesto y nombrado es el mismo que entonces, se debe a una nueva decisión. Y esta puede así ser plenamente revisada en vía contencioso-administrativa.

SÉPTIMO.- Una vez sentado lo anterior y delimitada la esfera de cognición de la Sala en el presente caso, es muy importante poner de manifiesto una característica de la convocatoria que está en el origen de toda la controversia: lo que la Orden JUS/90/21 convocó no fue una plaza genérica de Fiscal de la Sala, a la que podían aspirar todos los miembros del Ministerio Fiscal de la categoría segunda con más de veinte años de servicios en la Carrera Fiscal; y tampoco fue un simple concurso para la provisión de una concreta plaza. El objeto de la convocatoria era la provisión de una concreta plaza con un perfil bien determinado, como es la Fiscalía de Sala de Menores, que además lleva aparejada la promoción a la categoría primera de la Carrera Fiscal en el supuesto de que el nombrado no pertenezca aún a dicha categoría. En otras palabras, en la convocatoria aquí considerada se entrecruza la lógica de la provisión de una determinada vacante con la de ascenso en la carrera; lógicas distintas que en algún punto entran en fricción, como queda patente en las ideas expresadas por la Fiscal General del Estado a la hora de motivar su preferencia por un candidato en lugar del otro.

Esta Sala no duda que, si se hubiera tratado de decidir solo sobre la promoción a la máxima categoría de la Carrera Fiscal, las razones dadas por la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022 habrían constituido una motivación atendible, justificada y suficiente. Y ello incluso en la hipótesis de que el ahora recurrente no hubiera tenido ya la categoría de Fiscal de Sala, es decir, en la hipótesis de que ceteris paribus ambos solicitantes aspirasen a una única posible promoción. Efectivamente, esta Sala no cuestiona que los méritos del señor Juan Francisco puestos en valor por la Fiscal General del Estado -tales como su experiencia de Fiscal-Jefe en Madrid, o su trabajo como Letrado al servicio del Tribunal Constitucional- podrían justificar su promoción a la categoría de Fiscal de Sala, ni cuestiona tampoco que esas cualidades pudieran en ese contexto ser legítimamente más valoradas que las del señor Edmundo.

Sucede, sin embargo, que la cuestión aquí suscitada no es si la Fiscal General del Estado ha motivado adecuadamente que el señor Juan Francisco puede ser promovido a la categoría de Fiscal de Sala, ni siquiera si lo merecería más que el señor Edmundo si este último no lo fuera ya. Lo que aquí se debate es otra cosa, a saber: si a la hora de adjudicar una concreta plaza con un perfil determinado, como es la Fiscalía de Sala de Menores, cabe preferir a un candidato sin ninguna experiencia teórica ni práctica en la materia sobre otro que ha acreditado ser un verdadero especialista en la misma; y si ello, además, puede razonablemente motivarse sobre la base de argumentos que eluden explícitamente dar peso y relevancia a la preparación específica en Derecho de Menores, señalando que lo verdaderamente decisivo son otras consideraciones (experiencia en la jefatura, práctica del Derecho Constitucional, sintonía con la orientación de política criminal de la Fiscal General del Estado, etc.).

La respuesta debe ser negativa. Cuando lo que se trata de decidir es quién resulta más idóneo para cubrir una plaza que tiene un perfil bien identificado, no cabe infravalorar, cuando no obviar, los méritos específicamente relativos a dicho perfil. Poner todo el énfasis en otras consideraciones, como hace la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022, no es atendible, porque elude el núcleo de la cuestión. Que haya empleado veintidós páginas no altera esta conclusión. La enorme diferencia de méritos entre ambos candidatos por lo que atañe al Derecho de Menores fue ya puesta de manifiesto por nuestras sentencias nº 452/2022 y nº 453/2022. Y ante esto lo único que hace la nueva propuesta, que sirve de motivación al acto administrativo impugnado, es en esencia decir que el conocimiento y la práctica en Derecho de Menores no son realmente relevantes para el ejercicio de la plaza de Fiscal de Sala de Menores.

Si se quiere, a costa de un esforzado ejercicio de formalismo, puede afirmarse que el Real Decreto 417/2022 tiene una motivación, recogida en la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022. Pero lo que no resulta en absoluto convincente es que se trate de una motivación mínimamente adecuada a lo que se trata de justificar. La mejor prueba de ello es que los argumentos de la Fiscal General del Estado habrían podido ser igualmente utilizados para cualesquiera otros perfiles de fiscalías especializadas (tráfico de drogas, delitos informáticos, tráfico, etc.). En este sentido, como aduce el recurrente, falta una motivación "sustancial", que despeje la sospecha de que detrás del acto administrativo impugnado hay algo más que puro arbitrio. Como

ha recordado recientemente un insigne Magistrado y antiguo Presidente del Tribunal Supremo al repasar la jurisprudencia de esta Sala, la motivación no puede ser concebida como "un simple ejercicio literario"; y ello porque "el control judicial no se detiene en el aspecto meramente formal de la exigencia de motivación, sino que ha de concluirse que una decisión es arbitraria cuando aunque la Administración alegue razones, estas no resultan adecuadas para justificar la decisión adoptada".

OCTAVO.- Cuanto se acaba de exponer basta para concluir que el Real Decreto 417/2022 no es ajustado a Derecho, lo que nos dispensa de analizar los otros reproches dirigidos a aquel por el recurrente y señaladamente la denuncia de desviación de poder. Y por lo que se refiere a las descalificaciones profesionales que el recurrente dice haber sufrido en la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022, la verdad es que el tono y el lenguaje empleados en dicho acto no pecan de incorrección, ni menos aún pueden tacharse de irrespetuosos.

Con todo, esta Sala considera oportuno hacer una observación adicional, a fin de disipar posibles dudas o malentendidos. La Fiscal General del Estado en su propuesta, al igual que luego el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, insisten en que la orientación de la política criminal que corresponde a aquella -al igual que, más en general, su función de dirección del conjunto del Ministerio Fiscal- le otorgan una facultad de preferir a unos candidatos sobre otros según la mayor o menor sintonía de estos con sus directrices. Esta idea, con la rotundidad con que ha sido expresada en este caso, no puede ser acogida. Ciertamente la Fiscal General del Estado puede legítimamente considerar a unas personas más valiosas e idóneas que otras, y nadie podría sensatamente criticar que las convicciones de la Fiscal General del Estado -como las de cualquier otra persona- influyan en sus preferencias. Pero elevar este inevitable sesgo a criterio explícito, objetivo y legítimo de preferencia no es ajustado a Derecho fuera de los supuestos de selección para puestos de confianza mediante libre designación. Y las plazas como la aquí considerada no son de esa índole: cuando alguien es promovido a la categoría de Fiscal de Sala es para siempre, del mismo modo que cuando a alguien se le adjudica la plaza de Fiscal de Sala de Menores es con carácter temporalmente indefinido. Dicho de otro modo, tanto la promoción de categoría como la adjudicación de la plaza continuarán siendo eficaces después de que la Fiscal General del Estado que hizo la propuesta cese en su cargo, que por imperativo legal sí es limitado en el tiempo. Así las cosas, razonar en términos de sintonía con la propia orientación a la hora de hacer las propuestas de nombramientos no deja de ser tratar de perpetuar esa orientación, condicionando en su caso a futuros Fiscales Generales del Estado. Y esto, cualquiera que sea la valoración política que a cada uno le merezca, carece de fundamento normativo discernible, y desde luego no es una razón que quepa aducir para motivar una decisión en sede de nombramientos.

NOVENO.- Llegados a este punto, es preciso determinar el alcance del fallo estimatorio del presente recurso contencioso-administrativo. Que el acto administrativo impugnado -es decir, el Real Decreto 417/2022- debe ser anulado es claro a la vista de cuanto queda expuesto. En el suplico de la demanda, sin embargo, el recurrente no se limita a pedir que se declare la nulidad del Real Decreto 417/2022, sino que pide además que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de motivación para que se haga otra debidamente motivada.

Pues bien, esta segunda pretensión no puede ser acogida, fundamentalmente porque no tendría sentido prolongar las propuestas y sus motivaciones hasta el infinito. La Fiscalía General del Estado tuvo la oportunidad de hacer una segunda propuesta, motivándola de manera que las razones dadas guardaran alguna relación significativa con las características de la plaza a cubrir. No lo ha hecho, por lo que todo debe concluir ahora en aras de la racionalidad administrativa y de la economía procesal.

DÉCIMO.- Con arreglo al art. 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer imposición de las costas, dado que las pretensiones del recurrente no han sido íntegramente estimadas.[...].

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Fiscales, anulamos el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala a don Juan Francisco y se le nombra Fiscal de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado, sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA PILAR TESO GAMELLA A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN CUARTA DE ESTA SALA TERCERA, DE FECHA 20 DE JULIO DE 2023, RECAÍDA EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N.º 745/2022.

Mi discrepancia, con el debido respeto al criterio mayoritario de la Sala, se fundamenta en las consideraciones, que expuse en mi voto formulado a la sentencia del recurso n.º 707/2022, y que seguidamente se exponen, en relación con la sentencia que estima el recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala a don Juan Francisco y se le nombra Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado.

PRIMERA.- *La delimitación de mi disenso*

El desacuerdo con el criterio mayoritario se concreta en lo razonado por la sentencia para estimar el recurso contencioso-administrativo, según los fundamentos de derecho séptimo, octavo y noveno, sin que respecto de los demás tenga discrepancias dignas de mención. Considero, por el contrario, que el recurso debió desestimarse, toda vez que el nuevo nombramiento de Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala de Menores está suficientemente motivado.

En efecto, la propuesta de nombramiento, que es donde se condensan las razones que motivan el nombramiento, entre los dos participantes que tuvieron votos en el Consejo Fiscal, se ha realizado siguiendo la senda que viene marcando, con carácter general, nuestra jurisprudencia, por todas, Sentencia de esta Sala Tercera de 30 de mayo de 2022 (recurso contencioso administrativo n.º 45/2021), y, en particular, en nuestras sentencias de 19 de abril de 2022 (recursos n.º 452 y 453 de 2022) que anularon el nombramiento anterior acordado mediante Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo. De modo que ningún reproche jurídico puede hacerse, en relación con la motivación del nombramiento aquí impugnado, cuando se ha seguido la pauta marcada por nuestra jurisprudencia.

Considero, en definitiva, que el criterio mayoritario ha dado un salto cualitativo en nuestra jurisprudencia sobre la impugnación de los nombramientos discrecionales, apartándose de los precedentes de esta Sala sin justificar tal viraje, ni expresar las concretas razones del cambio que alumbra. Y lo hace tanto en relación con el alcance de la exigencia de motivación de los actos discrecionales, como respecto de los contornos en los que se ha de mover la impugnación de los nombramientos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales. Cuando esto sucede, en fin, se resiente la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE).

SEGUNDA.- *Las dos sentencias de 19 de abril de 2022 y la retroacción de actuaciones*

En las citadas sentencias anulamos el nombramiento acordado por Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo, porque consideramos que la propuesta de nombramiento no expresaba las razones por las que debía nombrarse a un candidato en el que, en ese momento, no constaba que tuviera experiencia relevante en la materia de protección de menores, en comparación con otro de los candidatos solicitantes de la plaza. Esa descompensación habría requerido un mayor esfuerzo de motivación para justificar que ambos participantes tenían una experiencia suficiente en el ámbito de la protección de menores, siempre respecto del ejercicio de la actividad profesional propia del Ministerio Fiscal.

Señalamos, en las citadas sentencias, la mayor intensidad que debe contener la motivación de los nombramientos discrecionales, cuando se evidenciaba un desequilibrio inicial que no resultaba explicado en la propuesta del nombramiento anterior. Quizá porque, con anterioridad, nunca se habían impugnado este tipo de nombramientos y, en consecuencia, venían cayendo, en ocasiones, sobre solicitantes que carecían de experiencia en menores, mediante una motivación más que sucinta.

Ahora bien, esta carencia inicial ha sido determinada y solventada por la propuesta que da lugar al nombramiento ahora impugnado, pues en ella, respecto de los mismos méritos alegados, lo que se hace es desglosar aquellos que se refieren a menores. Ahí se expresan, con un detalle al que no estamos acostumbrados en este tipo de impugnaciones, las razones que explican el nombramiento del codemandado, se relacionan de modo pormenorizado los méritos que tiene en materia de protección de menores, y en otros ámbitos conexos al de menores, siempre vinculados al ejercicio de la actividad profesional. También se señalan sus capacidades, su experiencia en la coordinación, su idoneidad y demás circunstancias relevantes para el ejercicio del cargo. Y, en fin, se explica la diferencia entre los planes de actuación presentados. Incluso se realiza un contraste entre los méritos de ambos candidatos, en los términos que luego veremos.

Por otro lado, el fallo de estas sentencias dispone que "se retrotraen las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de la Fiscalía General del Estado, para que realice otra motivada de

conformidad con lo razonado en esta sentencia" (sentencia recaída en el recurso nº 124/2021) y que "se acuerda que la Fiscal General del Estado emita una nueva propuesta en los términos exigidos en esta sentencia, en general, y en especial en el Fundamento de Derecho Séptimo" (sentencia recaída en el recurso nº 133/2021).

Parece evidente que ese mandato del fallo se refería a una nueva propuesta de nombramiento del mismo candidato, pues la exigencia de ajustarse cuidadosamente, en la expresión de la motivación, a lo razonado por esas sentencias se refería naturalmente al candidato nombrado, que es el que requería ese mayor esfuerzo motivador en materia de menores, al que se refiere la fundamentación de las sentencias. Teniendo en cuenta, además, que esta Sala no puede sustituir, con carácter general, el margen de apreciación del órgano decisor, Fiscal General del Estado, que ejerce su potestad discrecional proponiendo al candidato que considera más capaz entre los diversos participantes. Y menos aún, en este caso, en el que se enjuiciaba únicamente la exigencia de motivación sobre uno de los méritos: la experiencia en menores.

Por ello, la anulación del segundo nombramiento, motivado según la pauta que establecieron tales sentencias, pone de manifiesto que nos hemos situado en un territorio hasta ahora inexplorado por nuestra jurisprudencia en este tipo de nombramientos, diferente al de la falta de motivación, pues al socaire de la misma lo que en realidad se evidencia es una disconformidad por parte de la Sala con las razones del nombramiento. Es una toma de postura, que ha devenido inamovible, sobre la decisión medular de fondo que corresponde, únicamente, en el ejercicio de su potestad discrecional, al órgano que ejercita esa potestad. Poniendo de manifiesto que nuestra doctrina sobre el tradicional control judicial de los actos discrecionales ha mutado para convertirse en una mera valoración de méritos semejante a la de un concurso. Se han desdibujado, por tanto, los contornos que reviste la impugnación de los nombramientos discrecionales que han de encauzarse, no formalmente sino materialmente, a través de las técnicas del control de la discrecionalidad.

Esa toma de postura debió haberse puesto de manifiesto en la anulación del primer nombramiento y haberse llevado, por tanto, a sus últimas consecuencias. Pues si, en realidad, la Sala consideraba, valorando el mérito de la experiencia en menores, aunque prescindiendo de todos los demás méritos, que la diferencia entre ambos candidatos era tan significativa en ese punto, que ninguna motivación podría satisfacer a la Sala, lo que debería haber dispuesto era simplemente anular, sin ordenar la retroacción de actuaciones. La Sala, por tanto, ya había formado su juicio de fondo definitivo, valorando un único mérito, curiosamente en un nombramiento que no estaba motivado.

Viene al caso recordar que la motivación del acto discrecional resulta imprescindible para enjuiciar, posteriormente, si resulta o no ajustado al ordenamiento jurídico, y no al revés.

TERCERA.- *La motivación del nombramiento. Preferencia de la actividad profesional*

La sentencia de la que discrepo afirma que la cuestión que se suscita en este recurso es si "*cabe preferir a un candidato sin ninguna experiencia teórica ni práctica en la materia*" de menores. Y lo cierto es que el candidato que fue nombrado tiene una acreditada experiencia profesional práctica en materia de menores, como señala la propuesta de nombramiento.

Así es, conviene destacar que durante los años en los que fue Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Madrid se implantaron de forma efectiva en la Sección de Menores, bajo su supervisión, dirección y coordinación, ocho circulares sobre materia específica de menores (sobre las limitaciones temporales y la protección de menores tras la Ley 54/2007, sobre el sistema de justicia juvenil y medidas no privativas de libertad por las de internación en centro semiabierto, sobre la protección de menores víctimas y testigos, sobre sistema de justicia juvenil y los malos tratos de menores contra sus ascendientes, sobre la actuación especializada del Ministerio Fiscal en la protección de los menores, sobre la unidad de actuación en materia de reforma de menores, sobre los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones medicas a menores de edad en caso de riesgo grave, sobre la sustracción de menores, y sobre las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil). También se dictaron, en materia de menores, diversas Instrucciones, como la relativa a la coordinación del registro de menores extranjeros no acompañados.

Del mismo modo, el codemandado, en su etapa de fiscal en la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, además de su experiencia profesional en derechos fundamentales que tiene un carácter medular en la materia de protección de menores, ha intervenido, hasta fechas bien recientes, en los recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad que se relacionan en el listado que consta en la propuesta de nombramiento, que no voy a transcribir, pero todos ellos se refieren a la reforma y la protección de los menores.

Sostener, por tanto, que el nombrado carece de experiencia práctica en menores es negar la evidencia en el funcionamiento de las fiscalías. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el candidato que impugna los nombramientos no desarrolla tarea alguna como fiscal de menores desde hace más de 10 años. Además, tampoco realiza funciones investigadoras desde marzo de 2012, ni desarrolla funciones relacionadas con el

ejercicio de la función jurisdiccional desde hace 20 años. Esto es así, a pesar de que la primera de las funciones que se atribuyen, en la Instrucción 3/2008, al Fiscal de Sala Coordinador es la investigación penal prevista en el artículo 5 del EOMF.

Estos datos constan en la propuesta de nombramiento, cuando da cumplimiento a lo razonado en la Sentencia de 19 de abril de 2022 (recurso contencioso administrativo nº 133/2021), que echaba de menos un contraste de méritos entre los dos candidatos, aunque nuestra jurisprudencia ya había descartado esta fórmula en la Sentencia de 30 de mayo de 2022, recurso nº 84/2021, cuando declaramos que *<< ha existido una gran polémica sobre la exigencia de motivación y su contenido en los nombramientos discrecionales de cargos judiciales, al punto que el propio Tribunal Supremo se ha dividido respecto a la necesidad o no de la comparación entre candidatos. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia de 11 de junio de 2020, rec. cas. 423/2018, en la que se dilucidaba el nombramiento discrecional para cargo exclusivamente jurisdiccional, y para este tipo de cargos existe un voto particular en el que, presente la imperfección del sistema y la desconfianza que provoca, se abogaba, Sexto de sus fundamentos, por "La necesaria evaluación comparativa de las circunstancias expresivas de mérito y capacidad concurrentes en cada uno de los candidatos que participen en la convocatoria", voto particular que avala que este elemento estuvo presente en la deliberación siendo rechazado por la mayoría, y por ende por la sentencia, como requisito necesario para realizar el nombramiento. En concreto la sentencia, recogiendo el parecer mayoritario de los integrantes del Tribunal, con los efectos propios de las sentencias del Tribunal Supremo, vino a rechazar dicha necesidad, decantándose en el sentido de que "La doctrina de la sentencia del Pleno 1136/2017, de 27 de junio (Rec. 4942/2016) sienta el criterio de que la comparación aislada de méritos no puede negar al Consejo una facultad razonable de valoración del conjunto de todos ellos o establecer la preferencia de uno o de alguno respecto de los demás" >>.*

Debió haberse rechazado la alegación de la parte actora en el sentido de que la correcta y suficiente motivación exija las apreciaciones comparativas de los diferentes candidatos, porque exigir necesariamente esas apreciaciones de contraste podría conllevar desnaturalizar la esencia de los nombramientos discrecionales de cargos judiciales, convirtiéndose en un concurso de méritos sin margen para el legítimo ejercicio de la potestad discrecional otorgada, en ese caso, al Consejo.

La motivación del nombramiento en este caso es, en definitiva, lo más alejado que pueda imaginarse de una motivación formal. Ni, desde luego, lo que allí se expone podría haberse aplicado a cualquier perfil o a cualquier otro nombramiento. Prueba de que las razones que se expresan están tan apegadas, casi adheridas, al caso concreto, es que el propio recurrente en el recurso nº 707/2022 considera que la propuesta contiene descalificaciones profesionales a su persona, que la sentencia descarta en el fundamento octavo.

Me he referido intencionadamente, siempre en materia de menores, a la experiencia profesional, porque en este punto resulta también imprescindible la aplicación de nuestra jurisprudencia que ha considerado que la experiencia profesional relevante, no es la de carácter teórico, es la que se adquiere, en el caso de los magistrados con el ejercicio de su función jurisdiccional, y en el caso de los fiscales que no realizan esa función porque juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde en régimen de monopolio, exclusividad, a los jueces y tribunales (artículo 117.3 CE), ha de entenderse referida, en este caso, a la experiencia que se adquiere con el ejercicio de las funciones propias del Ministerio Fiscal cuando son aledañas a la función jurisdiccional.

Por ello venimos declarado, para determinar la motivación de este tipo de nombramientos, que se debe *<< identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento; y tiene la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables >>* (STS de 12 de junio de 2008 recaída en el recurso nº 188/2005). También, en la sentencia 19 de abril de 2022 (recurso nº 124/2021) señalamos que había de estarse a los "méritos profesionales", y al "ejercicio profesional" en la Sentencia de 7 de febrero de 2011 (recurso nº 343/2009), por encima de los méritos académicos.

Se destacan, por tanto, en la propuesta, las razones por las que se nombra a uno de los candidatos, basándose en los méritos constatados por su ejercicio profesional en materia de menores, las funciones principalmente relacionadas con la actuación ante los órganos jurisdiccionales, la tarea investigadora imprescindible en el Ministerio Fiscal, las funciones de coordinación desarrolladas para un puesto que es de "Coordinador", el significativo conocimiento de los derechos fundamentales, y, en fin, el contenido del plan de actuación. La mayoría de los méritos, como se ve, están vinculados a la actuación ante los órganos jurisdiccionales, que, insisto, es lo que exige nuestra jurisprudencia por encima de publicaciones o méritos académicos.

En consecuencia, la lectura de la motivación de la decisión discrecional pone de manifiesto las razones por las que se adopta el nombramiento para que pueda ser comprendida e impugnada por los interesados y, a su vez, esta jurisdicción pueda realizar el control que constitucionalmente tiene atribuido ex artículo 106.1 de la

CE. Proporcionando una justificación objetiva de la decisión adoptada, que revela su adecuación a la finalidad para la que el ordenamiento jurídico otorga la potestad discrecional.

CUARTA.- *La valoración ha de ser "del conjunto" de los méritos*

La sentencia de la que discrepo se centra únicamente en un mérito, la experiencia en menores, sin reparar que en los nombramientos discrecionales la Sala no puede elegir un mérito y compararlo abstrayéndose de los demás, porque eso supone compartimentar judicialmente lo que no admite división, como es el núcleo de la decisión discrecional. Ello supondría tanto como privar, al órgano que realiza el nombramiento, de esa valoración global o general, "del conjunto" hemos señalado, en que consiste el margen de apreciación sobre los méritos de los candidatos.

En este sentido, hemos declarado en Sentencia de 30 de mayo de 2022 (recurso contencioso-administrativo nº 45/2021) y en Sentencia del Pleno de 27 de junio de 2017 (recurso contencioso-administrativo nº 4942/2016) que << el criterio de que la comparación aislada de méritos no puede negar al Consejo una facultad razonable de valoración del conjunto de todos ellos o establecer la preferencia de uno o de alguno respecto de los demás >>, que es precisamente lo que ha acontecido en este caso.

También acabamos de declarar, ante una motivación no superior la ahora formulada, en Sentencia de 30 de mayo de 2022 (recurso nº 45/2021), que << ha de entenderse que, como señala la jurisprudencia, el acuerdo de nombramiento impugnado resulta suficientemente motivado y responde a una valoración de los méritos de los solicitantes incluidos en la propuesta de la Comisión Permanente, que se mantiene en el ámbito y amplio margen de discrecionalidad que le corresponde al Consejo General del Poder Judicial al proveer los cargos con el candidato que considere más adecuado para la plaza a cubrir entre los candidatos que cumplan con los requisitos formales, y reúnan el mérito y la capacidad determinados por la Ley para la plaza de que se trate, sin que frente a ello pueda prosperar una comparación aislada y subjetiva de méritos, que niegue al Consejo General del Poder Judicial una razonable facultad de valoración del conjunto o una preferencia de uno o algunos de los méritos alegados >>. Añadiendo que << ni el tiempo de servicios en órgano colegiado y menos la condición de especialista en la jurisdicción se contemplan en las bases de convocatoria como méritos preferentes a los demás o específicos para la plaza convocada, de manera que, como se refleja en el acuerdo impugnado, forman parte de la valoración de conjunto a que responde el nombramiento >>.

Igualmente en Sentencia de la misma fecha, de 30 de mayo de 2022 (recurso nº 84/2021), reiteramos que << en la sentencia de 11 de junio de 2020, rec. cas. 423/2018, (...) recogiendo el parecer mayoritario de los integrantes del Tribunal, con los efectos propios de las sentencias del Tribunal Supremo, vino a rechazar dicha necesidad, decantándose en el sentido de que "La doctrina de la sentencia del Pleno 1136/2017, de 27 de junio (Rec. 4942/2016) sienta el criterio de que la comparación aislada de méritos no puede negar al Consejo una facultad razonable de valoración del conjunto de todos ellos o establecer la preferencia de uno o de alguno respecto de los demás">>.

Esta valoración del conjunto de méritos resulta, por tanto, imprescindible cuando se trata de nombramientos, como el examinado, en la cúpula en la Carrera Fiscal, pues los candidatos tienen ya una dilatada trayectoria profesional, unos méritos innegables y un elevado prestigio profesional. Por ello, no puedo compartir que la sentencia de la que discrepo se limite a esa comparación aislada de un mérito, desvinculada ahora de la motivación de la propuesta, que se traduce en despojar al órgano decisor de esa razonable facultad de valoración del conjunto.

Quiere esto decir que esa visión exclusiva y excluyente sobre uno de los méritos, la experiencia en menores, con desdén de los demás, pone de manifiesto que, en realidad, no estamos ante un déficit de motivación, como ya adelanté, sino ante una discrepancia con las razones de la motivación. Por ello no es de extrañar que la propia Asociación recurrente en el recurso nº 745/2022, consciente de la motivación del acto, deriva su alegato hacia otros motivos de impugnación como la desviación de poder.

Por otro lado, puestos a valorar méritos por separado respecto del perfil de la plaza, debemos añadir que también lo es para ser "coordinador", según establece el propio Real Decreto de nombramiento, en su párrafo tercero. De modo que además del ascenso a la primera categoría de la Carrera Fiscal, se pretende nombrar al "Fiscal de Sala **Coordinador** de Menores de la Fiscalía General del Estado". Por tanto, además de la formación y experiencia en menores que tienen ambos, ha de distinguirse a aquel que ha realizado funciones de coordinación (teniendo en cuenta el tiempo de su desarrollo, su complejidad y relevancia), pues la Instrucción 3/2008 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías, entre las atribuciones que corresponden al Fiscal de Sala Coordinador de Menores, establece la experiencia en investigación penal, coordinación y gestión, entre otras.

No está de más recordar que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no establece que la elección de los Fiscales de Sala Coordinadores debe hacerse en función de la especialización, a diferencia de lo que sucede con la provisión de los Juzgados de Menores (artículo 329.3 LOPJ). Tan sólo señala, el artículo 36.1 del EOMF, que los fiscales adscritos a los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General del Estado tengan una "mínima especialización acreditable en la materia a la que son adscritos".

QUINTA.- *El amplio margen de apreciación en la valoración de los méritos*

Esta Sala debió de considerar, por tanto, que la motivación de la propuesta constituía una justificación objetiva de la decisión adoptada, que revelaba su adecuación a la finalidad para la que el ordenamiento jurídico otorga tal potestad discrecional. Poniendo de manifiesto, sin compartimentar el contraste de méritos, que tanto el fiscal codemandado como el fiscal que impugna los nombramientos tienen, efectivamente, dos trayectorias brillantes que alcanzan la excelencia.

De modo que la elección de uno de los candidatos, una vez alcanzada esa zona de excelencia a la que se llega tras la valoración de conjunto de los méritos de ambos candidatos mediante un amplio margen de apreciación, debe extenderse también a una variedad de circunstancias, cualidades, condiciones, capacidades, aptitudes y habilidades, además de la valoración del plan de actuación y su compatibilidad con las líneas directrices de la Fiscalía General del Estado. Valoración con "amplísimo" margen, como ha venido reconociendo con reiteración esta Sala Tercera.

Debemos volver a nuestra jurisprudencia, ahora para delimitar los contornos de la valoración del órgano decisor al ejercer su potestad discrecional. Así, venimos reconociendo unas "amplísimas facultades de valoración y elección en los nombramientos de carácter discrecional" que efectúa el CGPJ, según se recoge en la Sentencia de 30 de mayo de 2022 (recurso nº 45/2021), en la sentencia de la antigua Sección Séptima de 12 de junio de 2008 (recurso nº 184/2005), o en las de Pleno de 12 de junio de 2008 (recurso nº 372/2008) y 10 de mayo de 2016 (recurso nº 189/2015) que sintetiza nuestra doctrina al recoger la de las sentencias del Pleno de 4 de febrero de 2011 y de 7 de febrero de 2011 (recursos nº 588/2009 y nº 343/2009).

Nuestra doctrina reiterada reconoce con reiteración ese margen de apreciación y la libertad de elección en un nombramiento discrecional, y añade que << una vez que se haya rebasado ese umbral de profesionalidad exigible y tiene múltiples manifestaciones, porque una vez justificada que existe esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad quién es el que finalmente debe ser nombrado >> (SSTs de 1 de junio de 2012, recurso nº 564/2010, y de 20 de noviembre de 2017, recurso nº 3934/2015).

La reciente sentencia del TEDH, de 8 de junio de 2023, caso Alonso Saura contra España, se pronuncia sobre la motivación y el amplio margen de apreciación que debe concurrir en los nombramientos realizados en el ejercicio de una potestad discrecional, al declarar que << dar preferencia a uno de los candidatos cuando ambos tienen méritos suficientes para el puesto de que se trata no puede considerarse en sí mismo contrario a la exigencia el artículo 6.1 del Convenio. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala también el amplio margen de apreciación del Consejo en cuanto a la ponderación que otorgó a las candidaturas de los candidatos >>.

De manera que en los nombramientos de carácter discrecional el órgano decisor tiene amplísimas facultades de valoración y elección, que no puede, con el pretexto de la falta de motivación, convertirse en un concurso de méritos para ejercer un control judicial pleno sobre la decisión jurisdiccional, como si se tratara de un acto reglado. Soslayando, de este modo, el empleo de las tradicionales técnicas de control de los actos dictados en el ejercicio de la potestad discrecional que se concretan en los presupuestos de hecho, los elementos reglados del acto discrecional, la desviación de poder, los principios generales del derecho, y la proscripción de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Ninguna de cuyas vías explora ahora la sentencia de la que discrepo, pues se limita, formalmente, a insistir en una falta de motivación.

Ya advertimos en la Sentencia de 19 de abril de 2022 (recurso nº 124/2021), que << Conviene advertir, antes de continuar, que aunque el acto sea discrecional y deba, por tanto, explicar las razones de la decisión, exteriorizando los motivos del nombramiento, ello no significa que esta Sala pueda analizar y revisar la entraña misma de la decisión administrativa, comparando los méritos que concurren en uno u otro solicitante, como si de un concurso de méritos reglado se tratara. Del mismo modo que tampoco podemos sustituir, como antes adelantamos, el juicio de valoración para nombrar a un candidato distinto al elegido. >>.

Nuestra doctrina, en definitiva, ha manifestado siempre un innegable respeto al núcleo de la decisión discrecional del nombramiento, a ese margen de apreciación del órgano decisor que responde a distintos méritos que representan opciones igualmente válidas en Derecho, porque esa es la esencia del carácter

discrecional. De modo que, aunque la plaza tenga un determinado perfil en relación con la materia de menores, y se confiera a tal mérito la relevancia que merece, ello no supone que pueda valorarse aisladamente, ni reducirse la decisión discrecional al enjuiciamiento de fondo de un sólo mérito, ni mucho menos convirtiendo su naturaleza en una suerte de previo elemento reglado.

Por otro lado, aunque la jurisprudencia de esta Sala Tercera, haya sido elaborada en los recursos interpuestos contra los nombramientos discrecionales en la Carrera Judicial, debe ser sustancialmente de aplicación a los nombramientos discrecionales en la Carrera Fiscal, pues no concurren razones objetivas para reconocer ese amplio margen de apreciación cuando se trata de nombramientos discrecionales de magistrados, y se niegue respecto de nombramientos de la misma naturaleza respecto de los fiscales. Es más, al hilo de lo indicado en el fundamento octavo de la sentencia, debo hacer una escueta consideración sobre la singular estructura del Ministerio Fiscal que alguna peculiaridad debe comportar, y no en el sentido de reducir ese margen de apreciación.

En efecto, el amplio margen de apreciación y la libertad de elección que comporta la discrecionalidad tiene ciertas peculiaridades en el nombramiento examinado, referido a la cúpula de la Carrera Fiscal y a la integración del fiscal nombrado en la Junta de Fiscales de Sala. Así es, alcanzada la excelencia, ese amplio margen de apreciación se refuerza cuando se trata de valorar aptitudes, capacidades y habilidades, además del plan de actuación y su adecuación a las líneas directrices de la Fiscalía General del Estado.

Conviene tener en cuenta, a estos efectos, que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones, según señala el artículo 124.2 de la CE, en relación con el artículo 2. Uno del EOMF, por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. Esa unidad de actuación y dependencia jerárquica, que resulta ajena al estatuto de jueces y magistrados del artículo 117.1 de la CE, determina que en el nombramiento discrecional impugnado deba tomarse en consideración el plan de actuación presentado, no sólo desde el punto de vista de su idoneidad, corrección, medios, y finalidad, entre otras variables, sino también para evaluar su compatibilidad "con los objetivos de la Fiscalía en el ámbito de los menores", según señalamos en la sentencia de 19 de abril de 2022 (recurso nº 124/2021).

Estos principios constitucionalmente establecidos, unidad de actuación y dependencia jerárquica, cualquiera que sea el alcance que se confiera a los mismos, resultarán, por lo que hace al caso, infringidos si la decisión discrecional no pudiera evaluar la compatibilidad del plan con las directrices o líneas de actuación que corresponden al Fiscal General del Estado, que tiene atribuida, recordemos, la ejecución de la política criminal. Se trata de evitar, por tanto, que se asuman planes que establezcan líneas de actuación, por parte de cada Fiscal de Sala Coordinador, que impidan o dificulten la ejecución de las directrices del Fiscal General, abriendo grietas en esa estructura del Ministerio Fiscal.

Además, si los planes de actuación de los candidatos fueran contrarios a las líneas básicas de actuación que debe establecer el Fiscal General del Estado, supondría pulverizar el amplio margen de apreciación que comporta la discrecionalidad, sobre todo cuando no nos movemos en el ámbito de las meras afirmaciones, toda vez que la propuesta explica las razones concretas por las que considera que el plan de actuación del otro candidato resultaba contrario a las pautas marcadas por el Fiscal General del Estado. No se trata en este caso, por tanto, de sintonía política ni de establecer sesgo alguno, en los términos que expresa la sentencia de la que disiento, se trata simplemente de garantizar los principios estructurales, constitucionalmente impuestos, del Ministerio Fiscal.

SEXTO.- La conclusión

La sentencia debió, en consecuencia, desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, impugnado, porque el nombramiento se encuentra ampliamente motivado, porque, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala Tercera, no puede elegirse y valorarse separadamente un mérito aislado ni convertir ese mérito de la experiencia en menores en un elemento reglado que nos permita adentrarnos en el núcleo de la decisión discrecional. En definitiva, porque no puede privarse al órgano que ejerce la potestad discrecional del amplio margen de apreciación, que viene reconociendo nuestra jurisprudencia en este tipo de nombramientos.

En Madrid, a 20 de julio de 2023.