

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 133/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 452/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 19 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo nº **133/2021** promovido por la **ASOCIACIÓN DE FISCALES**, representados por el procurador don Jacobo Gandarillas Martos y bajo la dirección letrada de don Santiago Andrés Milans del Bosch y Jordán de Urríes, contra el Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021) por el que se acuerda promover a la categoría de Fiscal de Sala a don Eduardo Esteban Rincón y se le nombra Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado. Han sido partes demandadas la Administración del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y don Eduardo Esteban Rincón, representado por el procurador don Ángel Martín Gutiérrez y bajo la dirección letrada de don José María de Castro Llorente.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Asociación de Fiscales interpuso el 22 de abril de 2021 ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo, por el que se acuerda promover a la categoría de Fiscal de Sala a don Eduardo Esteban Rincón y se le nombra Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado.

SEGUNDO.- Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los Diarios Oficiales, se reclamó el expediente administrativo y, recibido, se le dio traslado a la demandante para que en el plazo legal formulase demanda, lo que hizo el 22 de junio de 2021 alegando, en síntesis, lo siguiente:

1. Siguiendo el acta del Consejo Fiscal, expone el parecer de los cinco Vocales que votaron a don Eduardo Esteban Rincón, el de los seis que votaron a don José Miguel de la Rosa Cortina y glosa la propuesta de la Fiscal General del Estado a favor de don Eduardo Esteban Rincón.
2. Se remite a la sentencia de esta Sala, antigua Sección Sexta, de 11 de noviembre de 2014 (recurso contencioso-administrativo 149/2013) que declaró que cuando se ejercen potestades discrecionales para actos de elección como el impugnado, debe ponerse el énfasis en la “valoración de la aptitud” y que se expresen las razones que permitan conocer, los criterios esenciales fundamentales de la decisión.

3. Añade que en un nombramiento discrecional el propuesto debe reunir las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que se persiguen, que su capacidad y valores sean acordes con relación al cometido y funciones que van a corresponderle y bajo la mejor forma de satisfacer los intereses públicos en juego, todo lo cual es aplicable en autos al ámbito de los menores.

4. Seguidamente hace un juicio comparativo entre el currículo de don Eduardo Esteban Rincón y el de don José Miguel de la Rosa Cortina. Respecto del primero, salvo su intervención en el año 2000 (sic) en el curso organizado por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado sobre la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, Ley Orgánica 5/2000), no consta que haya publicado trabajo alguno, o que haya participado en reuniones internacionales vinculadas directamente con menores. Sólo se refiere a derechos fundamentales de manera genérica, sin precisar que sea con incidencia en el menor.

5. Respecto de don José Miguel de la Rosa Cortina, glosa su andadura profesional y resalta que en materia de menores y, según su currículo, ha impartido más de ochenta conferencias sobre el régimen jurídico de los menores y que como fiscal de la Secretaría Técnica y Fiscal Adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado, ha redactado cuatro Consultas, diez Circulares y seis Instrucciones; es autor de cinco monografías, ha intervenido en obras colectivas y ha escrito más de sesenta artículos y ponencias. Y concluye que ha sido miembro de la delegación española ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en Ginebra (2015).

6. Expone que el nombramiento es discrecional y si bien la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) no prevé ternas, sino el informe del Consejo Fiscal, esto no quita que se motive la opción de entre varios candidatos y en este caso al no elegido ni se le menciona en propuesta como tampoco se dice en ella cómo se satisfacen los intereses generales.

7. Expone también lo previsto en los artículos 3, 5, 13 y 18 del EOMF así como la Instrucción 3/2008, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores, y la Instrucción 5/2008, de 18 de diciembre, sobre adaptación del sistema de nombramientos y estatus de los Delegados de las Secciones Especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de especialización delegadas.

8. La consecuencia es que la Fiscal General del Estado en su propuesta no hace ninguna referencia ni al currículum de don José Miguel de la Rosa Cortina, ni a la normativa que afecta al cargo litigioso: su propuesta es parcial y voluntarista, se limita -con términos grandilocuentes- a destacar aspectos marginales del propuesto ajenos al cometido de ese cargo y su motivación es a base de calificaciones abstractas y globales. En definitiva, incumple lo exigido por la sentencia de 11 de noviembre de 2014 antes citada y basa su propuesta en la afinidad ideológica con el elegido.

TERCERO.- Conforme a lo expuesto es pretensión de la actora que se dicte sentencia en estos términos:

«Uno.-Se anule, por no ser conforme a derecho, el Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo, por el que se promueve a la categoría de Fiscal de Sala a don Eduardo Esteban Rincón y se le nombra Fiscal de Sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021).

» Dos.- Acuerde retrotraer las actuaciones al momento anterior a la propuesta de la Fiscal General del Estado para cubrir la vacante de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado a fin de que emita una nueva en la que se expliciten las aptitudes del candidato propuesto como más idóneo para su desempeño tras la ponderación de los méritos acreditados por los dos candidatos votados mayoritariamente por el Consejo Fiscal.

» *Tres.- Se impongan las costas causadas a la Administración demandada.*

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 23 de junio de 2021 se acordó conferir a la Abogacía del Estado el plazo de veinte días para contestar a la demanda, lo que efectuó, solicitando la desestimación de la demanda con los demás pronunciamientos legales. A tal efecto alega, en síntesis, lo siguiente en su escrito de contestación a la demanda de 19 de julio de 2021:

1. Sostiene la falta de legitimación activa de la Asociación de Fiscales a efectos del artículo 19.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) y se remite a la sentencia 307/2021, de 4 de marzo, de esta Sala, Sección Sexta (recurso contencioso-administrativo 390/2019). En este caso no consta que el acto recurrido afecte a los intereses legítimos colectivos de la demandante.

2. En cuanto al fondo alega que no existe la especialización en menores como requisito para el nombramiento del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, no hay especialidad ni formal ni teórica supeditada a la superación de unas pruebas y la referencia a Fiscales “especialistas” en la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, depende de un desarrollo reglamentario, sin que se haya regulado el título de Fiscal especialista de menores.

3. La conclusión es que nadie era especialista, nadie puede tener esa especialidad lo que no impide que sea nombrado quien no haya ejercido en Secciones de Menores o por no haber recibido o impartido cursos en la materia. Además, no cabe la aplicación mimética del artículo 18 del EOMF, previsto para la adscripción a Secciones de Menores, en cuyo caso se ponderan no sólo cursos, ponencias, etc. sino también la aptitud del Fiscal para con la materia y eso es lo que prevé la Instrucción 3/2008, apartado VI.

4. La convocatoria litigiosa no se perfila como un concurso reglado o baremado de méritos y a tal efecto se remite al amplio margen de valoración

para tal tipo de actos al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional 221/2004 o la de esta Sala, antigua Sección Sexta, de 11 de noviembre de 2014 (recurso contencioso-administrativo 149/2013).

5. Para demostrar la superior idoneidad para el puesto no basta comparar los currículos, sino que caben otros criterios como los que evidencien una mayor eficacia en la organización de los servicios públicos, de ahí el amplio margen de valoración que se admite en estos procedimientos de libre designación en relación con las aptitudes de los candidatos para el desempeño del puesto convocado.

6. Glosa la jurisprudencia de esta Sala sobre la provisión de cargos de libre designación en contraste con los concursos de méritos y respecto de la motivación del acto de nombramiento de cargos judiciales, con cita de nuevo de la sentencia de 11 de noviembre de 2014, recuerda que hay una exigencia material para identificar la clase de méritos que se han considerado prioritarios y otra formal, que consiste en precisar las concretas circunstancias tenidas en cuenta del nombrado para así individualizar en el elegido el superior nivel de mérito y capacidad.

7. Se remite también a las sentencias de la Sección Sexta 737/2020, de 11 de junio (recurso contencioso-administrativo 423/2018), y del Pleno de la Sala 1136/2017, de 27 de junio (recurso de casación 4942/2016), de las que se deduce que una vez que los candidatos superan los niveles de excelencia o profesionalidad exigibles según criterios de mérito y capacidad, opera la discrecionalidad.

8. Aplicados estos criterios al caso, considera que la motivación de la propuesta es correcta, cierta, razonable, ajustada al canon exigido por la jurisprudencia y coherente con las previsiones de la Instrucción 3/2008, conforme a la cual glosa la citada motivación.

9. En concreto, la Instrucción 3/2008 prevé unas funciones para el cargo controvertido de las que se deduce que la capacidad de gestión es razón

objetiva que avala la idoneidad del candidato propuesto, a lo que se añade la trayectoria profesional del elegido, que es conocedor de la problemática y necesidades de los Fiscales, de ahí que se valore su talante y disposición para generar sinergias positivas.

10. En conclusión, no cabe combatir el nombramiento comparando méritos del adjudicatario y los del otro candidato, la demanda todo lo hace depender de la especialización del recurrente cuando esa especialización no existe como tal mérito reglado o formalizado y no ha sido establecido por el ordenamiento jurídico como un requisito que condicione el nombramiento. La consecuencia es que ambos candidatos cumplen los adecuados niveles de excelencia, luego una vez comprobadas tales exigencias opera la discrecionalidad de la Fiscal General del Estado, lo que así ha hecho motivadamente.

QUINTO. - Por diligencia de ordenación de 22 de julio de 2021 se acordó conferir a su vez a la representación procesal de don Eduardo Esteban Rincón el plazo de veinte días para contestar a la demanda, lo que realizó en escrito de 1 de septiembre 2021, alegando en síntesis lo siguiente:

1. Alega la falta de legitimación activa de la demandante pues no refiere la defensa de intereses colectivos sino de uno de los candidatos, para lo que compara currículos. Alega infracción del procedimiento, pero sin prueba para entenderla legitimada, como tampoco razona qué beneficio obtendría con una sentencia estimatoria.

2. En cuanto al fondo, respecto de la falta de motivación destaca que hubo un informe de la Comisión Permanente de Valoración (artículo 13.2 EOMF) sobre idoneidad para el desempeño del destino (artículo 36.1 EOMF). La Fiscal General del Estado sometió las candidaturas al Consejo Fiscal.

3. Invoca como precedente la sentencia del Pleno de esta Sala de 13 de abril de 1998 (recurso contencioso-administrativo 454/1997) en el que se destacó que el Consejo Fiscal ejerce funciones de asistencia y asesoramiento, cuyo

informe no es vinculante y permite al Fiscal General del Estado conocer las razones de idoneidad.

4. En este caso la propuesta fue según el procedimiento previsto, siendo cuestión ajena aludir a su “afinidad ideológica” con la Fiscal General del Estado y sostiene que la demandante se limita a comparar trayectorias profesionales y si puede hacerlo es porque la propuesta está motivada.

5. Señala que la base tercera de la Orden JUS/90/2021 de convocatoria es conforme con el artículo 36 EOMF, a partir de lo cual diferencia entre cargos discrecionales y los que se proveen mediante concurso según puesto escalafonal. El cargo de Fiscal de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado no se provee por concurso, ni por superar una previa especialización, con lo que la demandante pretende convertir un procedimiento de libre designación en un concurso en el que sí se fijarían méritos y criterios de valoración (cfr. sentencia de esta Sala y Sección de 14 de julio de 2020, recurso 243/2018).

6. Respecto de la “arbitrariedad” en el nombramiento, es un alegato basado sólo en consideraciones subjetivas y para que fuese atendible se exige probarlo y no acudir a opiniones subjetivas ni suspicacias, sin que en la propuesta se advierta que la prioridad haya sido por razones ajenas a las de profesionalidad o a la capacidad acreditada por el designado.

7. En cuanto a la votación del Consejo Fiscal se remite a la sentencia de la antigua Sección Séptima de esta Sala, de 10 de enero de 1997 (recurso contencioso-administrativo 554/1995) que declaró que no le es aplicable el ya derogado artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y se limita a exponer la intervención de Vocales.

8. Respecto a que no se ha tenido en cuenta la mayor especialidad de don José Miguel de la Rosa Cortina señala que los cargos de Fiscales Jefes, de Secretaria Técnica, de Inspección y adscritos a los Fiscales de Sala

especialistas, son cargos discrecionales, no de concurso reglado, tienen plazo limitado tras el cual se cesa y son cargos de máxima responsabilidad en el Ministerio Público, lo que no justifica la adjudicación automática.

9. Rechaza que se atente contra el principio de igualdad pues sí se vulneraría si se diese a la adjudicación impugnada un tratamiento distinto al de anteriores ocasiones y en las posteriores, sin fundamentación que lo justifique. Y finalmente añade que no puede asimilarse la provisión de cargos en la Carrera Fiscal con la Carrera Judicial. En el caso de los jueces, aparte de mérito, capacidad, y en su caso antigüedad, se salvaguarda el derecho al juez ordinario predeterminado y la inamovilidad de los miembros del Poder Judicial.

SEXTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, por diligencia de ordenación de 21 de septiembre de 2021 se concedió a la actora el plazo de diez días para formular conclusiones sucintas, lo que así hizo defendiendo su legitimación con base en estos razonamientos expuestos en síntesis:

1. Invoca la sentencia del Tribunal Constitucional 24/1987, dictada a propósito de un recurso de amparo de la Asociación de Fiscales; también se remite a la sentencia 102/2009, del Tribunal Constitucional según la cual el “interés legítimo” se integra con el interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes, así como con que en los procedimientos para el nombramiento de cargos judiciales discrecionales se observen los principios constitucionales y legales de mérito y capacidad.

2. Finalmente cita las sentencias de esta Sala, Sección Sexta, 307 y 455/2021, de 4 y 25 de marzo, respectivamente (recursos contencioso-administrativos 390/2019 y 63/2019, también respectivamente).

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 6 de octubre de 2021 se concedió a su vez a las partes comparecidas como demandadas el plazo de diez días para que presentaran las suyas, con el resultado que consta en autos.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, mediante providencia de 22 de diciembre de 2021 se designó Magistrado ponente y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 15 de febrero de 2022, acordándose mediante providencia de ese mismo día suspender la deliberación al estar en trámite el recurso 1/124/2021 en el que se impugna la misma resolución con identidad de pretensiones, todo ello para que se deliberen juntos.

NOVENO.- Por diligencia de ordenación del 16 de marzo, se puso de manifiesto a las partes que, por providencia del día anterior, se ha acordado en el recurso 1/124/2021, señalar para votación y fallo el día 5 de abril próximo, en el que se deliberarán ambos recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- LA CONVOCATORIA.

1. Mediante Orden JUS/90/2021, de 27 de enero, se convocaron para su provisión diferentes destinos vacantes en la Carrera Fiscal. Entre las plazas ofertadas figuraba la de Fiscal de Sala, de Primera categoría, para la "Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado". A esta plaza podían concurrir o bien los que ya ostentan la categoría de Fiscal de Sala, luego de la Primera categoría, o bien fiscales de la Segunda categoría, lo que supondría para el nombrado el ascenso de categoría.

2. A esa plaza concurrieron un total de seis candidatos. Cinco eran de la Segunda categoría, entre ellos don Eduardo Esteban Rincón, codemandado en autos y finalmente nombrado; y concurrió también don José Miguel de la Rosa Cortina, que ya es Fiscal de Sala, esto es, de Primera categoría.

3. En el Consejo Fiscal cinco Vocales votaron a don Eduardo Esteban Rincón y seis a don José Miguel de la Rosa Cortina. Finalmente, la Fiscal General del

Estado, con base en la motivación que más abajo se enjuiciará, propuso a don Eduardo Esteban Rincón que fue nombrado Fiscal de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado, por lo que ascendió de categoría.

SEGUNDO.- JUICIO DE LA SALA SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA DEMANDANTE.

1. La Abogacía del Estado y el codemandado oponen la falta de legitimación activa de la Asociación de Fiscales. Como es bien sabido, la legitimación activa para pretender la nulidad del acto impugnado depende de la relación directa del demandante con el objeto del litigio, de forma que una eventual estimación de sus pretensiones implique para quien acciona un beneficio cierto, en este caso jurídico.

2. La Asociación de Fiscales parte de que es manifiesta la mayor especialización de don José Miguel de la Rosa Cortina en materia de menores, pero no pretende que se le adjudique la plaza, sino que la Fiscal General del Estado dé razón de por qué no le considera más idóneo, limitando su propuesta a motivar la idoneidad de don Eduardo Esteban Rincón para el cargo sin argumentar satisfactoriamente la razón de esa mayor idoneidad para una plaza especializada sin hacer consideración alguna sobre don José Miguel de la Rosa Cortina.

3. Centrado lo litigioso en un aspecto de la bondad del procedimiento de selección, la Sala no duda de la legitimación de la demandante por las siguientes razones:

1º El asociacionismo de jueces y fiscales es la única tipología asociativa expresamente prevista en la Constitución que, además, especifica cuál es su vocación y ámbito de actuación: la defensa de los intereses profesionales de jueces y fiscales (cfr. artículo 127.1 de la Constitución). Formalmente esa defensa en cuanto a los miembros de la Carrera Fiscal es lo que prevé como objeto el artículo 7 de los Estatutos de la actora, lo que no es

autoatribución legitimadora, sino que recoge lo que constitucionalmente está previsto que sea su argumento como ente asociativo.

2º En lo material, es razonable que una asociación profesional de fiscales accione para que se enjuicie un acto que afecta a cómo la Fiscalía General del Estado concibe la carrera o promoción profesional y expectativas también profesionales de los fiscales, luego para que se juzgue la conformidad a Derecho de un acto en el que debe valorarse esa carrera profesional cuando se trata de cargos discrecionales que implican la promoción del aspirante.

3º Tiene así sentido y relevancia el planteamiento de la demandante: acciona en beneficio de todos los miembros de la Carrera Fiscal al plantear la infracción de los principios de mérito y capacidad cuando, según alega, la Fiscalía General del Estado ignora en su propuesta la andadura profesional de un candidato que ostenta una manifiesta especialización en materia de menores.

4º Tal interés es legítimo y que tiene fuerza legitimadora lo han declarado las sentencias del Tribunal Constitucional 24/1987 y 102/2009, también citadas por la demandante en conclusiones y la primera referida a la actora (cfr. supra Antecedente de Hecho Sexto de esta sentencia).

TERCERO. - JUICIO SOBRE LA POTESTAD EJERCIDA.

1. Entrando en el fondo, no se cuestiona que se ejerce una potestad discrecional para cuyo control las partes apelan a nuestra jurisprudencia elaborada, por regla general, sobre la impugnación de nombramientos discrecionales en la Carrera Judicial. Esas citas son lógicas por razón de la similitud entre las Carreras Judicial y Fiscal y por la relevancia y lo específico de los cargos en litigio. Sin embargo lo ahora controvertido no es tan específico ni tan novedoso en el ámbito del Derecho funcional y no difiere en lo sustancial de aquellos casos en los que se juzga el ejercicio tal tipo de potestad respecto de cargos o puestos clasificados como de libre designación.

2. Como es sabido, el sistema de libre designación apodera para cubrir puestos o cargos de especial responsabilidad sin integrar los conceptos de “mérito y capacidad” con base en baremos o criterios reglados, tampoco integrando los aspectos evaluables con un razonamiento que sólo admita una solución como aceptable. Es una elección basada, ciertamente, en la libre apreciación de la idoneidad para el puesto según sus requerimientos y funciones, pero se trata de cubrir puestos de trabajo funcionariales y lo determinante es la confianza que tiene quien nombra en el nombrado por razón de la valía e idoneidad -siempre profesionales- del funcionario elegido para el puesto, más en sus cualidades personales concretadas en la actitud, motivación o identificación con los objetivos marcados para el puesto.

3. Al desenvolverse la discrecionalidad de la libre designación en el ámbito de la provisión de puestos entre funcionarios de carrera, rigen también los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. La idoneidad - luego también la no idoneidad para no ser nombrado- es de libre apreciación, cierto, pero es un juicio que debe ser coherente con las exigencias del puesto porque, repetimos, esa idoneidad es ante todo profesional y la confianza en que se basa radica en que quien nombra espera, confía, en que el designado desempeñará adecuadamente el puesto.

4. A estos efectos no está de más recordar que el juicio sobre el mérito tiene por objeto de valoración la trayectoria profesional del candidato. Esa trayectoria es el bagaje profesional que ha ido forjando un funcionario a lo largo de su vida profesional a base de estudio, preparación, experiencia, destinos etc. Y esos méritos previos y acreditados se proyectan al juicio sobre la capacidad, que tiene por objeto valorar que el candidato es el indicado, el idóneo, para ejercer las funciones y asumir las responsabilidades del puesto o cargo al que se aspira.

5. Relacionado con ese juicio de idoneidad no debe olvidarse que el funcionario que aspira a un cargo de libre designación ejerce, además, el derecho a la carrera profesional entendida como la progresión horizontal o vertical según criterios de mérito y capacidad contrastados, luego esa

discrecionalidad debe ser coherente también con la expectativa de progresar profesionalmente a base de mejorar el nivel de competencia profesional (cfr. artículo 16.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en relación, ahora, con el artículo 51 del EOMF).

6. Y, en fin, siempre que se ejerce una potestad discrecional se exige que se motive [cfr. artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas]. Al respecto esta Sala ha ido conformando una jurisprudencia especialmente desarrollada -ahora sí- a propósito de cargos judiciales y que se resume en estos términos:

1º Superada la vieja doctrina que no exigía motivación expresa, esta Sala viene considerando que es preciso motivar y así exteriorizar el cumplimiento de esos límites a los que está sujeto el acto de elección, para no incurrir en un voluntarismo que degenera en arbitrariedad.

2º Una motivación es adecuada si permite conocer las razones, los criterios esenciales o fundamentales por los que ha sido preferido un candidato frente a otro u otros, razones reconducibles a estándares de mérito y capacidad que deben estar identificados en cuanto que son determinantes de la preferencia por el nombrado. Aparte de ese aspecto subjetivo, la motivación exigen dar razón de cómo el candidato se ajusta a los fines u objetivos que la Administración asigna al cargo o puesto para el que se le nombra y a cómo quiere que se satisfagan.

3º Respecto del alcance del control jurisdiccional de la motivación, una eventual sentencia estimatoria debe ser operativa y eficaz, de manera que al ejecutarla se pueda detectar con suficiencia los datos y razones que movieron la decisión.

CUARTO.- JUICIO SOBRE LA POTESTAD EJERCIDA RESPECTO DE LA FISCALÍA DE MENORES.

1. Lo dicho en el anterior Fundamento de Derecho es aplicable a la potestad de nombramiento de cargos como el ahora controvertido en el ámbito del Ministerio Fiscal. A estos efectos no cabe confundir el cargo controvertido con los que sí son objeto de designación directa por el Fiscal General del Estado, asimilables en esta forma de designación a los cargos desempeñados por el personal eventual definido en el artículo 12.1 del Estatuto Básico del Empleado Público ya citado.

2. Yendo al caso, hay que decir que la convocatoria no tiene por objeto primordial ofrecer la plaza controvertida para el ascenso de categoría pues ese efecto depende de quién sea nombrado. Su objeto directo es cubrir una plaza en la que su titular ejerce funciones de coordinador, armonizador y supervisor para todo el Ministerio Fiscal en materia de menores, luego un eventual ascenso será un efecto reflejo, de ahí que la discrecionalidad ejercida exija valorar la idoneidad del aspirante para tal cometido en materia de menores. Por ser ese su objeto le es exigible al Fiscal General del Estado que razone y justifique que ha ejercido la potestad de propuesta coherentemente con ese fin.

3. Se plantea así qué debe valorarse al juzgar la idoneidad para el cargo y en este punto es irrelevante que no exista o no esté aún reglamentado en el estatuto de la Carrera Fiscal la figura del “fiscal especialista”, en este caso de menores, seleccionado y escalafonado como tal; cosa distinta es que el artículo 18.Cuatro del EOMF dé preferencia para acceder a ciertos destinos como ocurre con las Secciones especializadas-, a los Fiscales que sigan un régimen específico de formación en materia de menores (cfr. disposición final cuarta.1 de la Ley 24/2007). Ese es el sentido de la figura del “fiscal especialista” en el EOMF (vgr. artículo 22. Tres).

4. En el ámbito de la Fiscalía General del Estado, la plaza controvertida no tiene un régimen específico de provisión, pero que debe valorarse la especialización funcional o de ejercicio en materia de menores en el juicio de idoneidad para el cargo controvertido se deduce de lo siguiente:

1º Del artículo 20.Tres del EOMF que dice que «...existirán, en la *Fiscalía General del Estado, Fiscales de Sala Especialistas responsables de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores*». Al margen del alcance y entidad estatutaria de esa referencia a “Fiscales de Sala Especialistas”, lo relevante es que funcionalmente asume para todo el Ministerio Fiscal la responsabilidad propia de coordinación y supervisión en materia de menores y, por remisión, las atribuidas a los Fiscales de Sala Coordinadores de Violencia contra la Mujer y de Medio Ambiente en el artículo 20.Uno y Dos, respectivamente.

2º Añádase que dependen de este Fiscal de Sala Coordinador de Menores unos Fiscales Adscritos, nombrados directamente por el Fiscal General del Estado, cargo para el que se exige que cuenten al menos con una “mínima especialización acreditable” en este caso, en materia de menores (artículo 36. Uno párrafo cuarto del EOMF).

5. Por tanto, la mayor especialización en materia de menores debe centrar el juicio de idoneidad, especialización entendida no en sentido orgánico, ni tan siquiera estatutario o funcionarial sino, al menos, en un sentido funcional. Y tal relevancia es, además, exigible porque está concernido el interés público concretado en la intervención del Ministerio Fiscal en materia de menores, de ahí la reforma del EOMF hecha con la Ley Orgánica 5/2000 y por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, luego ese interés superior pasa por exigir la mayor idoneidad para ocupar el cargo por razón de la materia.

QUINTO.- LOS MÉRITOS ALEGADOS POR LOS ASPIRANTES.

1. Ni para la plaza controvertida ni para otras también convocadas, la convocatoria prevé la invocación de méritos particulares, sólo que los solicitantes *«podrán acompañar a su instancia (...) relación circunstanciada de méritos, publicaciones, títulos académicos o profesionales, y cuantos otros datos relativos a su actividad profesional estimen de interés»*. Ahora bien, la exigencia de ponderar para su provisión conocimientos en materia de menores

se deduce de lo dicho en el anterior Fundamento de Derecho Cuarto, pues dentro del Ministerio Fiscal será el máximo responsable en materia de menores, siempre bajo la dependencia directa del Fiscal General del Estado.

2. En este caso el Consejo Fiscal se centró en dos aspirantes, don Eduardo Esteban Rincón -finalmente nombrado- y don José Miguel de la Rosa Cortina. Hubo así una preselección de hecho que lleva, por lógica, a contrastar los méritos acreditados y las capacidades que se presumen de ambos aspirantes. Y, si seguimos el acta del Consejo Fiscal vemos que en el turno de intervenciones los Vocales formaron dos bloques, los integrantes de cada uno defendieron al candidato de su bloque sin hacer juicio comparativo alguno, sin que hubiese debate en el sentido genuino del término.

3. En cuanto a los méritos de don Eduardo Esteban Rincón, siempre referidos a la materia de menores, la Sala tiene por probado que aparte de los distintos destinos que relaciona su currículum y la propuesta, los únicos méritos relacionados con la materia de menores son los siguientes:

1º Impartió la ponencia *“El menor y el incapaz ante el Juzgado de guardia”* (1999), dirigida a Secretarios Judiciales.

2º Asistió al curso organizado en el año 2000 por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado sobre la Ley Orgánica 5/2000.

3º Y cabe presumir que la materia de menores la abordaría en el curso en que intervino como profesor o ponente *“Las Fiscalías provinciales y sus relaciones de coordinación con los Fiscalías de Área y las Secciones correspondientes”*, celebrado en 2008 con dos ediciones.

4. En cuanto a los méritos de don José Miguel de la Rosa Cortina y centrándonos única y exclusivamente en la materia de menores, son hechos probados que no se cuestionan los siguientes:

1º Que sirvió destinos en la Sección de Menores de la Fiscalía de Madrid (1999/2001) y fue Fiscal Adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores (2008/2012). En este último cargo redactó los borradores de cuatro Consultas, diez Circulares y seis Instrucciones, entre ellas la Instrucción 3/2008, ya citada, que establece los criterios de actuación y funciones del Fiscal de Sala Coordinador de Menores y de las Secciones de Menores. Todos estos textos se relacionan en su currículum.

2º Fuera de los destinos -siempre en materia de menores- ha impartido entre 2000 y 2019 más de ochenta conferencias, ha sido director de tres cursos y codirector de otros cuatro dirigidos a fiscales y profesor en cursos dirigidos a abogados. Entre 2001 y 2015 ha publicado cinco monografías y ha intervenido en tres obras colectivas y es autor de más de sesenta artículos y ponencias. Todos los detalles de las ponencias, cursos, libros y trabajos se detallan en el currículum.

3º Ha sido miembro de la Delegación española ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en Ginebra (2015).

SEXTO.- LA MOTIVACIÓN DE LA PROPUESTA.

1. La Fiscal General del Estado sólo se refirió en su propuesta a don Eduardo Esteban Rincón. Tras una referencia de mera cortesía e innominada hacia los otros aspirantes, se refirió brevemente a la trayectoria y destinos de don Eduardo Esteban Rincón, y razonó lo siguiente:

«... La capacidad de gestión demostrada por el Sr, Esteban Rincón durante su jefatura en la Fiscalía territorial más numerosa y compleja de todo el territorio nacional, su talante y disposición para generar sinergias positivas en un cargo de coordinación a nivel estatal como es una unidad especializada, su conocimiento y sensibilidad en una materia tan especial como es el Derecho del menor y que así demuestra su plan de actuación, son méritos indiscutibles que avalan un nuevo reto en la actividad como Fiscal del Sr. Esteban.

» D. Eduardo Esteban Rincón conoce de primera mano la realidad de los y las fiscales, así como las problemáticas y necesidades a las que se enfrentan en su trabajo diario tan próximo a la jurisdicción. Tras una década ejerciendo en la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, D. Eduardo puede aportar a la unidad coordinadora de Menores esa perspectiva constitucional y de los derechos fundamentales de la que es gran conocedor, en una materia que afecta a un colectivo tan vulnerable como el de los y las menores de edad,

» Asimismo, debo destacar del peticionario su conocida capacidad de motivación y coordinación, su calidad humana, talante positivo, conciliador y cohesionador y un enorme sentido común.»

2. Aparte de tal motivación, la Fiscal General del Estado expresamente manifestó que hacía suyas las razones de los cinco Vocales que apoyaron en el Consejo Fiscal a don Eduardo Esteban Rincón, que en sus intervenciones destacaron lo siguiente:

1º Su capacidad de gestión y coordinación en la agrupación Getafe-Leganés, como Fiscal Jefe en la Fiscalía Provincial de Madrid y que ha sido uno de los mejores jefes de Madrid por su capacidad de gestión de equipos. También hace suyas las consideraciones que hicieron sobre su experiencia constitucional, su compromiso con la Carrera Fiscal en los años que fue Vocal del Consejo Fiscal e incluso con posterioridad. Se añadió que dará un aire nuevo.

2º En cuanto al cargo controvertido, apuntaron que su plan de actuación es interesante, impresionante; desgrana, aborda, ataca las cuestiones más importantes en materia de menores, que hace un importante estudio sobre reforma y protección del menor, es el más lúcido y que analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia.

SÉPTIMO.- JUICIO SOBRE LAS PRETENSIONES Y ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA.

1. La demandante es prudente en sus pretensiones: a la obvia de anulación anuda la pretensión de plena jurisdicción reseñada en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia, en concreto el punto Dos del Suplico que ahí hemos transcrito. Obsérvese que no pretende el nombramiento de don José Miguel de la Rosa Cortina, tampoco que esta Sala se adentre en terrenos que le están vetados, propios de la discrecionalidad técnica a la que nos hemos referido y que pasa por la libre valoración de los méritos y capacidades de los aspirantes en función de cómo la Fiscalía General del Estado considere qué y cómo deben atenderse las necesidades de la Fiscalía de Menores.

2. Sobre tales juicios o valoraciones la demandante es consciente de que no puede pretender de esta Sala que sustituya a la Administración y limita la pretensión de plena jurisdicción a que la Fiscal General de Estado haga una nueva propuesta por las deficiencias que advierte en la hecha. A tal efecto para la demandante hay una quiebra entre los dos elementos que integran el juicio de idoneidad del propuesto: entre la valoración de sus méritos y la consiguiente valoración de su capacidad para el cargo; entiende que la motivación de su propuesta, para que sea aceptable, debe ponderar los méritos del nombrado respecto de don José Miguel de la Rosa Cortina, y se explicita por qué considera al propuesto más idóneo.

3. En su propuesta la Fiscal General del Estado ignora a don José Miguel de la Rosa Cortina, pero nada dice tampoco de los méritos del propuesto en materia de menores. Sólo deduce su capacidad para el cargo sobre la base del plan de actuación que presentó don Eduardo Esteban Rincón, y se remite a las funciones de coordinador que ha desempeñado en diversos destinos ninguno centrado exclusivamente en la materia de menores- y a su conocimiento de las necesidades de los miembros de la Carrera Fiscal. En todo caso la propuesta no contrasta la idoneidad del propuesto con las exigencias del cargo tal y como se prevén en la Instrucción 3/2008, por cierto, una de las redactadas por don José Miguel de la Rosa Cortina.

4. Conforme a lo expuesto consideramos que la motivación de la Fiscal General del Estado no cumple las exigencias mínimas por las siguientes razones:

1º Nuestra jurisprudencia elaborada a propósito de cargos judiciales se refiere a que los candidatos a un puesto de nombramiento discrecional deben superar el "umbral de excelencia exigible" y constando que lo superan se abre el ejercicio de la potestad discrecional.

2º En el caso de autos la convocatoria no es para el ascenso de categoría sino para proveer una plaza en la que la acreditación de méritos --y méritos sustantivos-- en materia de menores es lo que centra el juicio de idoneidad y que la cobertura comporte o no el ascenso del nombrado será un efecto derivado o secundario.

3º Si aun en materia de menores don Eduardo Esteban Rincón hubiera pugnado a la plaza con otro candidato de méritos análogos a los suyos y una andadura profesional sustancialmente parangonable sí podríamos entender que satisface la propuesta el estándar de motivación en cuanto a las razones que justifican su elección

4º Sin embargo, la realidad es otra y es la que se deduce de los respectivos currículos. Basta estar a ellos para tener probado, con base en hechos notorios, que a la vista del iter profesional y bagaje formativo de ambos candidatos la relación de don Eduardo Esteban Rincón con la materia de menores ha sido esporádica y mínima, mientras que don José Miguel de la Rosa Cortina ha hecho de esa materia el centro de su vida profesional; es más ya en 2008 obtuvo un nombramiento discrecional por el Fiscal General del Estado al ser designado Fiscal Adscrito a la entonces Fiscal de Sala Coordinadora de Menores.

5º Esas circunstancias no pueden ignorarse, luego la obviedad de que hay una diferencia entre ambos aspirantes tan llamativa hace que decaigan las

razones que deduce la Fiscal General del Estado en su propuesta sobre la capacidad del nombrado, pues no razona por qué considera que, pese a tales diferencias tan manifiestas, aun así don Eduardo Esteban Rincón es más idóneo para ese cargo especializado.

6º Y enlazando con lo que ya hemos dicho para estimar legitimada a la Asociación de Fiscales, no cabe olvidar que litigar por la exigencia de esa motivación convincente interesa no sólo a los dos fiscales afectados, sino a todos los miembros de la Carrera Fiscal, pues no les es indiferente saber cómo se valora el esfuerzo por forjar su carrera profesional para el ejercicio del derecho a la promoción profesional (cfr. artículo 51 del EOMF).

5. En consecuencia, se estima la demanda y se declara la nulidad de la resolución impugnada; se acuerda así la retroacción de las actuaciones para que la 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.

OCTAVO. - COSTAS.

De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA no se hace imposición de costas a la Administración demandada y al codemandado al concurrir, a juicio de la Sala, dudas razonables de Derecho.

FALLO

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

PRIMERO.- Que, con rechazo de la causa de inadmisibilidad, se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la **ASOCIACIÓN DE FISCALES** contra el Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo, por el que se acuerda promover a la categoría de Fiscal de Sala a don Eduardo Esteban Rincón y se le nombra Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la Fiscalía General del Estado, y debemos declarar y declaramos que es contrario a Derecho, anulándolo.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- No se hace imposición de las costas.

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

Así se acuerda y firma.