

## **CAPÍTULO II**

### **ÓRGANOS CENTRALES DEL MINISTERIO FISCAL**

#### **1. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

##### **1.1 Sección de lo Civil**

Como decíamos el año pasado, cuando se habla de la actividad del Ministerio Fiscal se está pensando principalmente en la actividad en el orden jurisdiccional penal, pero el Ministerio Fiscal actúa ante todas las Jurisdicciones y cada vez es más importante su intervención en el orden jurisdiccional civil.

Dentro de este último, las áreas de familia, menores, mayores y personas con discapacidad son las que tienen mayor importancia, aunque también crecen las cuestiones de competencia, la protección de los consumidores y el ámbito concursal.

Cuestión aparte es el Registro Civil, materia en la que ahora el Fiscal tiene una intervención relevante, aun cuando se está pendiente de que se decida en el nuevo modelo de Registro Civil instaurado por la Ley de 2011 quiénes van a ser los Encargados del Registro Civil, y cuál va a ser, en definitiva, la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia.

Desde la Fiscalía de Sala de lo Civil se realiza un esfuerzo por estar en contacto directo con todas las demás Fiscalías, pues los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal, no se preparan ante la Audiencia para luego interponerse por los Fiscales del Tribunal Supremo de lo Civil ante dicha Sala, sino que son los Fiscales de las Audiencias Provinciales los que directamente interponen estos recursos ante dichas Audiencias. Dado que son recursos con un contenido esencialmente técnico, se procura que los Fiscales de las Audiencias envíen un borrador del escrito de interposición para estudiarlo en la Fiscalía del Tribunal Supremo, y por eso este año se ha elaborado un borrador de Circular de los recursos de casación y extraordinario por infracción

procesal, para que, en caso de aprobarse por la Junta de Fiscales de Sala, sirva de guía y apoyo al resto de los Fiscales.

La Fiscalía de la Sala Civil del Tribunal Supremo, sigue despachando dentro de plazo todos los dictámenes. La Sala Primera del Tribunal Supremo tiene muy en cuenta el criterio del Ministerio Fiscal en la decisión de los recursos, como más tarde se expondrá.

La Fiscalía del Tribunal Supremo despacha, en la denominada competencia funcional, todos los recursos de casación de los que conoce el Tribunal Supremo, informando qué órgano es el competente para conocer del recurso de casación y en su caso del extraordinario por infracción procesal, si la Sala Primera o los distintos Tribunales Superiores de Justicia.

En cuanto al fondo, se informa en todos los recursos en los que el Fiscal es parte, bien impugnando los mismos o adhiriéndose a ellos o a alguno de sus motivos, pero también se informa en otros procesos: Así, en el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, *sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas* y en materia de protección de consumidores, en las cuestiones de inconstitucionalidad y en incidentes de nulidad y otros que se plantean en procesos en que la Sala Primera quiere saber la posición del Fiscal.

Una gran parte de los recursos que se informan se refieren a cuestiones relativas a la vulneración del derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, materia en la que existe gran litigiosidad y que, si bien muchos de ellos tienen su origen en la llamada prensa del corazón, otros tienen connotaciones propias de confrontaciones sociales, políticas o sindicales de la más variada naturaleza.

Las materias en que el Fiscal dictamina en Derecho de familia son muy numerosas; así en procesos de divorcio, nulidad, modificación de medidas, y en todos los procesos en los que emite dictamen se produce en la sociedad y en la Sala Primera una evolución constante. En el año 2015 se ha modificado por Ley 42/2015 de 5 de octubre el artículo 775, lo que origina muchos problemas a los litigantes y problemas también entre los Juzgados de Primera Instancia y de familia y los de violencia de género.

Así, hace cinco años era excepcional otorgar la custodia compartida, pero actualmente, y desde el año 2013, esta opción empieza a ser la tónica general del Tribunal Supremo y de la Fiscalía de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, excepto en los casos previstos en el artículo 92 n.º 7 del Código Civil, como así expresa la sentencia de la

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recurso n.º 3016/2014 de fecha 4 de febrero de 2016.

Otro de los problemas recurrentes es la atribución del uso de la vivienda familiar que según el Código Civil corresponde a los hijos menores y a quien tenga su custodia. Los problemas surgen cuando primero se ha otorgado una custodia a uno de los progenitores, normalmente a la madre, y luego se otorga la custodia compartida, momento en el que hay que decidir qué hacer con la vivienda. El Tribunal Supremo se inclina por dar un plazo temporal (de adaptación) al progenitor que antes tenía la custodia individual.

La pensión compensatoria también es una fuente de problemas que resuelve la Sala Primera, de conformidad con los dictámenes del Fiscal, atendiendo a los parámetros del artículo 97 del Código Civil.

La filiación plantea numerosos problemas, como la gestación por sustitución en los países que la admiten y su reconocimiento en España.

#### 1.1.1 REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

La Fiscalía del Tribunal Supremo interviene en numerosos procesos de revisión de sentencias firmes regulados en los artículos 509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

La Sala da traslado de las demandas de revisión, en principio en fase de admisión, para que el Fiscal valore primero si la misma se debe admitir o no a trámite porque concurra alguno de los motivos del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Se estudia la demanda y se informa a la Sala sobre si debe admitirse o no, y en caso positivo, después de tramitado el proceso el fiscal acude a la vista e informa vía artículo 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El proceso de revisión es un *remedio* extraordinario contra sentencias firmes y por eso dice la Sala Primera que sus motivos deben interpretarse en sentido estricto.

La experiencia enseña que los litigantes que han sido vencidos en juicio, intentan convertir este proceso extraordinario en una nueva instancia. Aun así, es cierto que prosperan algunos procesos de revisión por el motivo n.º 1 del artículo 510 de la LEC, por documentos recuperados u obtenidos, aunque en número no muy alto pues la Sala Primera tiene muy acotado dicho motivo. Prosperan algunos más por el motivo n.º 4 del artículo 510, por maquinación fraudulenta, principalmente por haber citado a los demandados en un lugar que no es su

domicilio, y haberse celebrado el proceso en rebeldía, y en estos casos si se ve la posibilidad de apoyar el motivo.

### 1.1.2 EXPERIENCIAS ACUMULADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ERROR JUDICIAL

En los procesos de error judicial, ocurre algo similar a lo comentado respecto de los procesos de revisión, y es que las partes después de haber agotado todas las instancias y recursos posibles, interponen demanda de error judicial, queriendo convertir este proceso en una nueva instancia, con el agravante de que, si los gana la parte demandante el Estado deberá abonar el daño causado.

Igual que en los procesos de revisión, la Sala da traslado al Fiscal al interponerse la demanda para que se pronuncie sobre si debe admitirse o no a trámite. Se trata de un dictamen preliminar. Si la demanda se admite, se tramita el proceso por los cauces del proceso de revisión asistiendo al final a una vista donde el fiscal expone su postura definitiva, y en caso de que la Sala Primera no señale vista, se emite un dictamen a tenor de lo alegado por todas las partes y por el Abogado del Estado. Realmente se tramitan bastantes procesos de este tipo, pero prosperan muy pocos.

### 1.1.3 CUESTIONES DE COMPETENCIA

La Sección de lo Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo despacha un número muy elevado de cuestiones de competencia territorial entre los Juzgados ya que los Juzgados de Primera Instancia tienden con mucha facilidad a declararse incompetentes.

Es un tema que plantea numerosos problemas jurídicos, y aunque en los Juzgados de Primera Instancia han dictaminado los fiscales adscritos a los mismos, se nota una tendencia en general en los fiscales de instancia, a informar en el mismo sentido que el juzgado, y a veces con dictámenes muy sucintos, no siendo conscientes los fiscales que los juzgados no se van a poner de acuerdo y que si su superior común es el Tribunal Supremo, se van a elevar los mismos a la Sala Primera del Tribunal Supremo, donde se observa a primera vista lo acertado o no de sus dictámenes.

En muchos cursos de formación se han tratado las de cuestiones de competencia, y desde la Fiscalía de Sala se han enviado trabajos de jurisprudencia a las distintas fiscalías para subsanar estos problemas.

#### 1.1.4 CONFLICTOS DE COMPETENCIA

No son estadísticamente significativos. Se producen entre cualesquiera de los órdenes jurisdiccionales, la Jurisdicción Civil y la Contencioso-Administrativa, o con los Juzgados Mercantiles y Laborales y Penal.

#### 1.1.5 CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN ARTÍCULO 38

Tampoco son muy numerosos, pero también se producen sobre todo en materia concursal, entre el Juez del Concurso y la Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social.

#### 1.1.6 PROCEDIMIENTOS DEL ARTÍCULO 61 LOPJ

Son pocos, y se han producido principalmente por algún litigante que se dedica a demandar a todo el que no le da la razón, en este caso a los Magistrados de la Sala Primera, o demandas de error judicial contra sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

#### 1.1.7 MATERIA CONCURSAL

En los últimos años, la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* ha sufrido constantes modificaciones, unas con mayor acierto que otras, algunas de las cuales han supuesto la introducción de nuevos procedimientos no contemplados inicialmente, como es el caso de los acuerdos extrajudiciales de pago. Otras han afectado a la figura de la administración concursal y sus funciones, o se han dirigido a intentar agilizar el procedimiento mediante la introducción de mejoras en el procedimiento abreviado.

Uno de los problemas que se ha intentado corregir con las reformas efectuadas es el de la insolvencia de las personas naturales que no ejercen actividad empresarial. Las causas que determinan la insolvencia de estas personas se deben en su mayoría a razones sociales y familiares de índole muy diferente a los que constituyen los motivos por los que se produce la insolvencia en una persona jurídica o de una persona natural empresario. En un inicio, la persona natural no empresaria que instaba un procedimiento concursal se encontraba con que sufría todos los perjuicios de ser declarada en concurso y, en la mayoría de los casos, no conseguía ningún beneficio. Alcanzar un convenio con los acreedores con la correspondiente quita y espera era práctica-

mente imposible, lo que la abocaba a la liquidación, con la correspondiente enajenación de sus bienes y la pérdida de su vivienda habitual, bien por la venta de la misma para el pago de los acreedores, bien porque la declaración de concurso no paralizaba las ejecuciones hipotecarias, dado que la vivienda no era necesaria para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Además, al no ser posible la «liquidación/disolución» de la persona natural, se encontraba que una vez finalizado el concurso, los acreedores continuaban reclamando judicial y extrajudicialmente las deudas que no habían podido ser satisfechas en sede concursal.

Con el fin de evitar estas situaciones, se han introducido mediante la Ley 25/2015 una serie de mecanismos de segunda oportunidad en la Ley Concursal, de manera que el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, eso sí, una vez concluido el concurso por liquidación y siempre que cumpla ciertos requisitos, entre ellos, haber celebrado o al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos conforme dispone el Título X de la Ley Concursal (a excepción de que se dé el poco probable caso de tener un pasivo que supere los cinco millones de euros) y haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados o, caso de que no haya podido cubrir estos pagos, haber presentado un plan de pagos a cinco años. Excepcionalmente, si no logra cumplir este plan, pero justifica que ha dedicado al menos la mitad de sus ingresos no embargables al pago de las deudas, podrá el juez del concurso dictar auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

En relación a ello la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, añadió un nuevo apartado 6 al artículo 85 estableciendo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, el 18 de octubre de 2015, todos aquellos concursos de persona natural no empresario no eran competencia de los Juzgados de lo Mercantil, sino de los Juzgados de Primera Instancia del domicilio del deudor.

#### 1.1.8 REGISTRO CIVIL

Por lo que respecta al Registro Civil, la importante reforma llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil –de la que tampoco nada se justificó en la Exposición de Motivos– supuso la supresión de la primera fase que se desarrollaba ante los Registros Civiles y que concluía con la elevación de

propuesta favorable o no del Encargado del Registro Civil a la concesión de la nacionalidad española por residencia, previo informe del Ministerio Fiscal, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Disposición Final séptima de la citada Ley. El problema observado tras este cambio se encuentra en el RD 1004/2015, por el que se aprueba el Reglamento que regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española.

#### 1.1.9 CONTRATOS

En materia de contratos se destacan a continuación algunos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre interpretación y nulidad de la cláusula suelo. Así:

STJUE Gran Sala 21-12-2016: Efectos restitutorios derivados de la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo incluida en los préstamos hipotecarios. El TJUE rechaza la doctrina del Tribunal Supremo que limitó los efectos restitutorios a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad a la sentencia del propio Tribunal Supremo que declaró el carácter abusivo de la misma. Dicha limitación equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado, antes de la fecha de esa sentencia, un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula. La obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes indebidos genera el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

STJUE Sala 1 18-2-2016 Proceso Monitorio. Decreto dictado por el secretario judicial dando por terminado el proceso en aplicación del art. 816 LEC, dado que los demandados no atendieron el requerimiento de pago ni comparecieron ante el tribunal dentro del plazo fijado. Imposibilidad de que el juez que conoce del procedimiento de ejecución pueda examinar de oficio la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato que dio lugar al proceso monitorio. Cuestiones Prejudiciales. La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado

entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación.

Auto TJUE Sala 10 17-3-2016. Acción individual de nulidad por abusiva de cláusula suelo incluida en contrato de préstamo hipotecario. Previa acción colectiva formulada por una asociación de consumidores dirigida a obtener el cese del uso de una cláusula análoga. Suspensión del procedimiento individual. Cuestiones Prejudiciales. El art. 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó la demanda individual y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

STJUE Sala 1 14-04-2016. El art. 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor –dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional–, a suspender la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó la demanda individual y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

STJUE Sala 5 26-10-2016. La normativa española que impide al juez adoptar de oficio medidas cautelares al conocer de una acción individual de nulidad de cláusula suelo es contraria a la normativa europea.

Modificación del régimen de la cooperación en materia de protección de los consumidores: el Reglamento (UE) 2017/2394 de 12 de diciembre de 2017.

Es preciso proteger a los consumidores de las infracciones reguladas en el Reglamento (UE) 2017/2394 incluso si ya han cesado pero cuyos efectos



perjudiciales puedan continuar. Las autoridades competentes deben disponer de las facultades mínimas necesarias para investigar y ordenar el cese de tales infracciones o su prohibición en el futuro a fin de impedir que se repitan, y garantizar con ello un alto nivel de protección de los consumidores. Dichas autoridades deben disponer de un conjunto mínimo de facultades de investigación y ejecución con el fin de aplicar el citado Reglamento, cooperar entre sí de forma más rápida y eficiente y disuadir a los comerciantes de cometer infracciones reguladas en el mismo.

Propuestas de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España y la Unión Europea.

Resulta casi indiscutida la necesidad de reformar el derecho de obligaciones y contratos en España. Y esta reforma que apunta al mantenimiento del «derecho vivo» ha de procurar también la convergencia de nuestras normas en el espacio jurídico europeo. El análisis de derecho comparado muestra que las reformas que se van sucediendo en otros sistemas jurídicos del entorno europeo persiguen esta doble finalidad. Las dos propuestas vigentes en la actualidad en España responden a estos postulados y permiten atisbar la futura reforma.

Como ya se ha indicado, en el ámbito del Derecho interno español existen dos propuestas de referencia en la modificación del actual derecho de obligaciones y contratos. Se trata del Anteproyecto de modernización elaborado por la sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación y los libros V y VI de la propuesta de Código Civil, elaborada por la asociación de profesores de derecho civil. Esta última toma como base la regulación contenida en el citado anteproyecto de 2009.

Los autores de nuestro actual Código Civil siguen el Proyecto de 1851, llamado también Proyecto de García Goyena, y a través de él, el Código Civil francés de 1804. Todos los juristas de la época fiaban básicamente en la denominada autonomía de la voluntad y, por consiguiente, en la capacidad de los individuos particulares para establecer los contratos en la forma y en las condiciones que tuvieran por conveniente.

Los miembros de la Comisión General de Codificación encargados de elaborar la Propuesta de Modernización del derecho de obligaciones y contratos perseguían una doble finalidad (22): Establecer las reglas que resultasen más acordes con las necesidades apremiantes sentidas en los tiempos que corren, y la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos. Y se puede afirmar que estos dos principios son seguidos por la mayoría de los legisladores internos de los Estados de nuestro entorno en la materia. Esta necesidad de aproxi-

mación a los ordenamientos europeos se ha hecho por ejemplo palpable en la modificación del derecho contractual alemán a través de la cual se incorporó al BGB una parte importante de las directivas comunitarias y de los principios inspiradores de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980; también se han tenido en cuenta los Principios de Derecho Europeo de los Contratos elaborados por la Comisión Landó.

El Anteproyecto por lo demás contiene una regulación más extensa que la contenida en el Código Civil y propone la inclusión en el texto del Código Civil de la mayor parte del moderno derecho especial denominado Derecho de consumidores y usuarios, en materia contractual.

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 20 de diciembre de 2017, asunto C-649/16: Valach y otros. La competencia judicial internacional para conocer de una acción de responsabilidad delictual ejercitada contra los miembros de un comité de acreedores por su comportamiento durante la votación de un plan de saneamiento en un procedimiento de insolvencia corresponde a los órganos judiciales del Estado miembro de apertura del concurso. En esta decisión de 20 de diciembre de 2017, en el asunto C-649/16, el TJUE confirma los criterios ya establecidos en su jurisprudencia anterior para calificar una acción como concursal a efectos de la aplicación del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, pero su valoración de la concurrencia de tales criterios en el asunto que resuelve supone una cierta ampliación de su comprensión del alcance de la competencia de los jueces del Estado miembro del concurso.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, resuelve un recurso de casación que tenía por objeto el carácter abusivo de una cláusula que referenciaba el tipo de interés remuneratorio al IRPH Entidades. Declara que la misma es válida al considerar que no se puede controlar por la jurisdicción civil al realizarlo la Administración Pública con lo que se excluye de la aplicación de la directiva UE 93/13, pero dos magistrados emiten un voto particular.

Actualmente se han anunciado el planteamiento de cuestiones pre-judiciales por otros Tribunales que discrepan de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo. Ello determinará que el TJUE se pronuncie finalmente sobre si los Tribunales deben o no controlar esta cláusula y, en su caso, declararla abusiva. Si el TJUE adopta una posición contraria a la del Tribunal Supremo se pueden reproducir las situaciones de injusticia material que ya se han visto con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (La Ley 34973/2013), que fue declarada contraria al derecho de la Unión por

la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (LA LEY 179803/2016)

SECCIÓN CIVIL AÑO 2018	
Total Sres. Fiscales. . . . .	5.180
<b>Casación:</b>	3.155
Admisión . . . . .	6
Inadmisión . . . . .	465
Apoyo. . . . .	18
Apoyo parcial. . . . .	6
Dictamen . . . . .	2.590
Adhesión . . . . .	11
Impugnación . . . . .	59
<b>Infracción procesal:</b>	1.587
Admisión . . . . .	5
Inadmisión . . . . .	202
Apoyo. . . . .	4
Apoyo parcial. . . . .	3
Dictamen . . . . .	1347
Adhesión . . . . .	3
Impugnación . . . . .	23
<b>Exequátur</b> . . . . .	-
<b>Revisión</b> . . . . .	112
Competencia . . . . .	254
Error judicial . . . . .	29
Recurso de queja . . . . .	2
Asistencia jurídica gratuita . . . . .	14
Cuestión prejudicial gratuita . . . . .	1
Responsabilidad civil Jueces y Magistrados . . . . .	-
Otros. . . . .	1
Asistencia vistas. . . . .	13
Procedimiento artículo 38 LOPJ . . . . .	2
Procedimiento artículo 42 LOPJ . . . . .	7
Procedimiento artículo 61 LOPJ . . . . .	1
Impugnación asistencia jurídica gratuita . . . . .	2

## 1.2 Sección de lo Penal

Con carácter previo a efectuar el análisis estadístico de la actividad desarrollada por la Sección de lo Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo, debe hacerse expresa referencia a la que sin duda ha sido la actividad más trascendente de dicha Fiscalía durante el ejercicio de 2018. En fecha 2 de noviembre y tras haber culminado la instrucción del procedimiento, se presentó el escrito de acusación del Ministerio Fiscal en la Causa especial 3/20907/2017 –públicamente conocida como «causa del *procés*»–, redactado y rubricado por los cuatro Fiscales de Sala intervinientes en el proceso, Excmos. Sres. D. Javier Zaragoza Aguado, Dña. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, D. Jaime Moreno Verdejo y D. Fidel Cadena Serrano.

En dicho escrito de conclusiones provisionales, el Ministerio Fiscal formula acusación contra nueve miembros del Govern de la Generalitat, entre ellos su vicepresidente, además de la Sra. Presidenta del Parlament de Catalunya, seis diputados autonómicos más y dos dirigentes de sendas entidades privadas.

Muy extractadamente y según el relato que se efectúa en la conclusión primera, los acusados dirigieron, promovieron y/o participaron activamente en la ejecución de una estrategia –a la que denominaron «*el procés*»– perfectamente planificada, concertada y organizada para fracturar el orden constitucional, con el fin de conseguir la independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña como nuevo estado con forma de república, segregándola así del Reino de España.

La estrategia diseñada se basaba en la actuación convergente de las instituciones catalanas de autogobierno (Parlament y Govern de la Generalitat), de las formaciones políticas independentistas con representación parlamentaria (JUNTS PEL SI y CUP), y de las entidades sociales soberanistas (Asamblea Nacional Catalana-ANC, Òmnium Cultural-OC y Asociación de Municipios por la Independencia-AMI). Desde cada uno de aquellos ámbitos de actuación y en unión de otros procesados actualmente huidos de la Justicia, acordaron poner en práctica aquella estrategia mediante la acción combinada y sincronizada de tres pilares básicos:

- 1) El parlamentario, con epicentro en la actuación de la Mesa del Parlamento autonómico, cuya función consistía en permitir la tramitación y facilitar la aprobación de resoluciones, leyes y normas jurídicas abiertamente inconstitucionales, a modo de cobertura normativa del nuevo Estado que sustituyera a la legalidad democrática vigente;

2) El ejecutivo, identificado con la actuación del Govern de la Generalitat, cuya misión esencial era la convocatoria y celebración de un referéndum ilegal de autodeterminación que legitimara internacionalmente su proyecto de segregación territorial, así como la creación y desarrollo de estructuras de Estado paralelas que pudieran sustituir a los órganos estatales legalmente constituidos en todos los órdenes (Hacienda, Seguridad Social, Poder Judicial, etc.), incluida la acción exterior fuera del territorio nacional, que se tradujo en la apertura de embajadas en algunos países y en la ejecución más allá de nuestras fronteras de numerosas actividades dirigidas a preparar, financiar y legitimar la celebración del referéndum, a reforzar la imagen de Cataluña como Estado y a lograr que el proceso de independencia fuera reconocido internacionalmente;

3) El social, en el que las entidades soberanistas antes mencionadas (muy especialmente, ANC y Òmnium Cultural) desarrollaban un papel crucial mediante la movilización popular como instrumento de presión para obligar al Estado a capitular frente al nacimiento de esa nueva república.

Se trataba así, según el relato del Ministerio Fiscal, de orillar la aplicación de la legalidad constitucional y estatutaria e impedir el cumplimiento de las resoluciones administrativas y judiciales dictadas al amparo de aquella, para conseguir como objetivo último –con sus propias leyes y sus propias estructuras de Estado– declarar la independencia de Cataluña y obligar al Estado a aceptar la separación de dicho territorio, finalidad que estuvieron a punto de lograr, poniendo así en grave peligro el orden constitucional.

Las diversas personas acusadas, en cada uno de los diferentes roles y niveles de responsabilidad que se expresan detalladamente en el escrito de calificación provisional, pusieron en práctica aquel plan secesionista, en el que se contemplaba la utilización de todos los medios que fueran precisos para alcanzar su objetivo, incluida –ante la certeza de que el Estado no iba a aceptar esa situación– la violencia necesaria para asegurar el resultado pretendido. Para ello se valieron de la fuerza intimidatoria que representaban, por una parte, la actuación tumultuaria desplegada con las grandes movilizaciones ciudadanas instigadas y promovidas por ellos, y por otra, de la utilización de los Mossos d'Esquadra como un cuerpo policial armado e integrado por unos 17.000 efectivos, aproximadamente, que acataba exclusivamente sus instrucciones y que, llegado el caso, podría proteger coactivamente sus objetivos criminales, sustrayéndole así al cumplimiento de su genuina función de guardar y preservar el orden constitucional.

Sobre la base del anterior relato, se formula acusación por los delitos de rebelión de los arts. 472.1.º, 5.º y 7.º, 473.1 inciso primero (promotores y/o jefes principales) y 2 (distracción ilegal de caudales públicos), y 478 del Código Penal; rebelión de los arts. 472.1.º, 5.º y 7.º, 473.1 inciso primero (promotores y/o jefes principales), y 478 del Código Penal; rebelión de los arts. 472.1.º, 5.º y 7.º, 473.1 inciso segundo y 2 (distracción ilegal de fondos públicos), y 478 del Código Penal; malversación de caudales públicos del artículo 432. 1 y 3 b) párrafo segundo en relación con el artículo 252 del Código Penal y delito continuado de desobediencia grave cometido por autoridad pública del art. 410.1, en relación con el art. 74 del Código Penal, individualizándose en el escrito de conclusiones las diferentes responsabilidades de cada uno de los acusados conforme a su específica intervención en los hechos objeto de enjuiciamiento.

En el momento de redactar estas líneas se celebra el juicio oral ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo presidida por el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, siendo previsible que la última sesión tenga lugar a mediados o finales del mes de junio de 2019, quedando los hechos vistos para sentencia.

#### 1.2.1 DATOS ESTADÍSTICOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD DE LAS SECCIONES DE LO PENAL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El resumen de los asuntos despachados por la Fiscalía de la Sala II del Tribunal Supremo en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año 2018, se concreta en los siguientes datos:

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2018	
<b>TRIBUNAL SUPREMO</b>	
<b>Conflictos jurisdiccionales</b>	
– del art. 38 LOPJ .....	–
– del art. 39 LOPJ .....	
– del art. 42 LOPJ .....	–
– del art. 61 LOPJ .....	5
<b>SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO</b>	
<b>Casación</b>	
Preparados por el Fiscal:	
– Interpuestos .....	85

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2018

– Desistidos .....	26
<b>De parte:</b>	
– Apoyados .....	54
– Parcialmente .....	26
– Inadmisión .....	3.023
– Impugnación .....	566
<b>Quejas</b>	
– Estimado .....	23
– Desestimado .....	259
<b>Unificación de doctrina</b>	
Vigilancia Penitenciaria:	
– Apoyo .....	–
– Impugnación .....	9
Menores:	
– Apoyo .....	–
– Impugnación .....	–
<b>Revisión</b>	
– Solicitudes de autorización e interpuestos por parte .....	126
– Interpuestos por el Fiscal .....	6
– Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia .....	
Cuestiones de competencia .....	318
<b>Indultos</b>	
– Favorables .....	
– Desfavorables .....	74
<b>Varios</b>	
– Error judicial .....	19
– Insostenibles (A. J. Gratuita) .....	40
– Dictámenes en ejecución .....	–
– Nulidades .....	5
<b>Señalamientos</b>	
– Sin Vista .....	719
– Con Vista .....	28

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2018

<b>Resoluciones</b>	
–Autos . . . . .	2.645
–Sentencias . . . . .	751
<b>Causas especiales competencia de la Sala II del Tribunal Supremo</b>	
Denuncias . . . . .	3
– Exposición razonada . . . . .	6
– Querellas . . . . .	26
– Incoadas . . . . .	–
– Sentencias . . . . .	–

1.2.2 EL RECURSO DE CASACIÓN. LA NUEVA CASACIÓN. PREPARACIÓN

La última edición de la revista del Ministerio Fiscal efectúa un completo estudio del recurso de casación. Es, por tanto, una útil herramienta para adquirir una visión exacta de una parte importante de la actividad del Ministerio Fiscal, su función ante el recurso de casación.

Desde la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la LECrim. para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, se han introducido importantes novedades en el ámbito de las resoluciones recurribles en casación. Pero es necesario recordar que existen numerosos procedimientos aún sin enjuiciar, o ya enjuiciados pero incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley. Así, hoy acceden a la casación sentencias no sólo dictadas en primera instancia, sino también en apelación, siendo diferentes los requisitos que debe reunir el escrito de preparación en cada caso.

Tampoco puede olvidarse que el recurso de casación se desarrolla en dos fases diferentes: una fase de preparación, que se desarrolla ante el órgano que dictó la resolución que se pretende recurrir, y otra fase de interposición, que se desarrolla ante la Sala II del Tribunal Supremo.

A la Fiscalía de Tribunal Supremo le compete en exclusiva la formalización del recurso, supeditado a los términos del previo escrito de preparación que, lógicamente, debe ceñirse a los motivos anunciados.

Ello hace que, con ocasión de la redacción de esta Memoria, se recuerden algunas pautas que no por sabidas, se cumplen siempre, con las indeseables consecuencias que de ello se pueden derivar.



En primer término, es conveniente recordar una máxima: el escrito de preparación debe abrir todas las vías posibles aplicables, lógica y jurídicamente, al caso concreto. Siempre será obligado anunciar por infracción de Ley del n.º 1 del art. 849 LECrim y por vulneración del precepto constitucional, art. 852 de la LECrim, sin que sea aconsejable señalar los preceptos infringidos.

Es igualmente imprescindible, en caso de tratarse de varios condenados o absueltos, señalar la persona o personas afectadas por el recurso anunciado.

Lamentablemente, la práctica cotidiana pone de relieve la problemática sobre los tiempos en que la Fiscalía del Tribunal Supremo tiene conocimiento del anuncio de un recurso de casación, lo que deja muchas veces muy cortos periodos de tiempo a la Fiscalía para la interposición. Por ello, es importante reseñar que con el emplazamiento debe remitirse a la Fiscalía del Tribunal Supremo el informe que justifica la interposición del recurso. El recuerdo de esta exigencia procede de Circulares ya vetustas, pero todavía vigentes, por todas, la Circular 1/1980. No se pretende otra cosa con estas líneas que recordar una pauta de actuación que hoy se ve beneficiada por los medios tecnológicos, sin perjuicio de ser remitida la documentación e informe posteriormente por el correo ordinario. Las nuevas tecnologías permiten avanzar el anuncio y el informe.

Por otra parte, se considera que ha transcurrido ya el tiempo suficiente para poder avanzar un análisis de la denominada *nueva casación*.

La ampliación de la casación a las infracciones de menor gravedad competencia de los Juzgados de lo Penal –que constituyen el núcleo más numeroso de los hechos delictivos que se enjuician en nuestro país–, se ha convertido en un instrumento eficaz para los fiscales. Sin embargo, aún son más bien escasos los recursos anunciados por las Fiscalías.

Los supuestos de errores jurídicos y los diferentes criterios seguidos por las distintas Secciones de una Audiencia, encuentran su vía en este nuevo recurso.

Es preciso que se configure un eficaz sistema de notificaciones de las sentencias de apelación, que bajo la supervisión del Fiscal Jefe permita recurrir en casación.

La reforma fue acogida con grandes expectativas. El horizonte esencial de esta modalidad de casación, decía la primera sentencia del Pleno, dictada el 23 de febrero de 2017, es homogeneizar la interpretación de la Ley penal, buscando la generalización. En los últimos meses, el número de asuntos de la denominada *nueva casación* ha aumentado notablemente desde la Memoria anterior. Un buen número

de procedimientos han tenido entrada en la Sala y, correlativamente, también en la Fiscalía. Pero son porcentualmente pocos los asuntos que, tras decidir la Sala, previo informe del Fiscal sobre la existencia de interés casacional, son abocados al Pleno.

Como ya se decía en la memoria el pasado año, el porcentaje de recursos de la nueva casación interpuestos por letrados designados de oficio es muy elevado. Una vez que se ha instaurado la segunda instancia, deberá revisarse el artículo 35 de la Ley de Asistencia Gratuita.

La Sala, a través del Acuerdo de 9 de junio de 2016 ha fijado los límites de la nueva casación; ello, no obstante, los recursos interpuestos repiten en demasiadas ocasiones la misma apelación recurrida ante la Audiencia. Igualmente se plantean motivos cuya preparación no ha sido admitida por el Tribunal y en no menos ocasiones se plantean cuestiones *«per saltum»*.

Lejos de querer limitar desde estas líneas la gran labor de los letrados de oficio, alguno de los cuales ha merecido el reconocimiento expreso de la Sala como consecuencia de la interposición del recurso. Tampoco se pretende volver a rigurosos formalismos, pero sí es necesario que se frenen estas tendencias y se valore la posibilidad de una modificación legislativa. De lo contrario, se desvirtuará la pretensión del recurso y nos encontraremos ante una tercera instancia. Quizá el tiempo le haga más justicia de la que hasta ahora se vislumbra.

Por su interés, recogemos aquí las Sentencias del Pleno dictadas en el último año.

### 1.2.3 SENTENCIAS DEL PLENO

En el ejercicio analizado de 2018, pueden destacarse las siguientes:

*STS n.º 112/2018*. La pena del art. 57 en relación con el artículo 48.1 CP. Hurto en instalaciones del Metropolitano. Prohibición de acceso.

*STS n.º 184/2018*. Seguridad vial. Margen de error de los aparatos de detección de la velocidad «cinemómetros», fijos o móviles y, entre estos, estáticos o en movimiento.

*STS n.º 188/2018*. Interpretación del subtipo agravado del art. 153.3 CP. La expresión «en presencia» no ha de interpretarse en el sentido de que los menores han de hallarse físicamente delante de las personas que protagonicen la escena violenta. Basta la percepción sensorial de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra, propia de una escena de violencia.

*STS n.º 342/2018.* Recurso del Ministerio Fiscal estimado. Delito de maltrato de obra, art. 153 y 57 CP. El delito de maltrato de obra sin causar lesión del art. 153 CP debe entenderse comprendido en el apartado primero y segundo del art. 57 CP. Por tanto, su condena conlleva la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación.

*STS n.º 359/2018.* Delito de robo con intimidación. Tipo agravado de establecimiento abierto al público en el robo con intimidación.

*STS n.º 390/2017.* Recurso del Ministerio Fiscal. Estimación. El fondo del recurso del Fiscal se centra en la consideración de la obligación de efectuar un pronunciamiento civil, en relación a los daños causados, en los casos en que estos sean a consecuencia de la comisión de un delito de peligro abstracto del artículo 379 CP.

*STS n.º 392/2017.* La sentencia de 31 de mayo de 2017 unifica la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del art. 711 CP en su redacción dada por la LO 1/2015 e interpreta el artículo 13 CP, tras la misma reforma.

*STS n.º 481/2017.* La sentencia del 28 de junio de 2017 hace una interpretación restrictiva del art. 235.1. 7.º CP: la multirreincidencia como sustrato del subtipo hiperagravado de hurto en el CP cuando los antecedentes penales son por delitos leves.

*STS n.º 603/2018.* En la sentencia de 28 noviembre de 2018, en relación con el delito de quebrantamiento de condena, dice el Pleno: excluida por la reforma del CP de 2015 la duplicidad de sustitución de pena (limitada al caso de la expulsión a que se refiere el artículo 89 CP) y suspensión condicionada de la pena, el régimen de falta de realización de las condiciones de la suspensión no acarrea otras consecuencias que las previstas en el artículo 86.1 CP. Si el incumplimiento es grave y reiterado, será revocar la suspensión y ejecutar la pena suspendida o las del artículo 86.2; si el incumplimiento no es calificado de tal intensidad, la consecuencia es de menor onerosidad y se limita a las agravaciones del número 1 del citado artículo. En todo caso no cabe, salvo la excepción prevista en el ordinal 4 del mismo artículo 86, decidir sin el procedimiento previo allí establecido. Por tanto, tampoco cabe hablar de tipicidad, ni como quebrantamiento de condena, ni como desobediencia, en los casos en los que el trabajo en beneficio de la comunidad es una condición de suspensión y no pena principal.

*STS n.º 664/2018.* Sentencia de 17 de diciembre de 2018. El dolo en el quebrantamiento de condena del artículo 468.2 CP. Bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cual-

quier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites especiales fijados.

*STS n.º 670/2018*. Sentencia de 19 diciembre de 2018. Delito de conducción de un vehículo de motor con el permiso de conducción caducado a causa de la pérdida de la vigencia de los puntos asignados administrativamente. Unidad y pluralidad de acción.

*STS n.º 673/2018*. Sentencia de 19 diciembre de 2018. Delito de receptación. Tipo agravado del artículo 298.2 CP.

#### 1.2.4 RECURSOS PREPARADOS POR LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En relación con la ya comentada escasa interposición de recursos de casación preparados por el Ministerio Fiscal conforme a la reforma introducida por la Ley 4/2015, se puede constatar que, en el año 2018, se han interpuesto 8 recursos por el fiscal por infracción de ley e interés casacional.

De los 8 recursos interpuestos sólo 4 han sido ya resueltos y, los 4, con sendas sentencias estimatorias.

De los restantes 77 recursos preparados por el Fiscal hasta el día 11 de abril de 2019, han sido resueltos 19. Once con sentencia estimatoria. Tres con estimación parcial y 5 con sentencia desestimatoria.

Recogemos los más importantes en cuanto al fondo.

*Recurso n.º 2.452/2018, contra sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Girona*. No ha recaído sentencia. Se trata de un supuesto de alteración de tacógrafos. La sentencia de apelación absolvió del delito de falsedad de los artículos 392.1 y 390.1. 2.º CP. El Fiscal recurre por infracción de ley e interés casacional, sobre la base de los diversos criterios en las diferentes Audiencias.

El recurso hace un meticuloso estudio del Derecho comparado sobre la materia, también de la normativa europea y de la normativa administrativa española. Asimismo, se analiza detalladamente la doble tipificación penal y administrativa, por la posible incidencia del principio *non bis in ídem* y, finalmente, de la incardinación de la conducta en el tipo penal invocado.

*Recurso 10.521/2018, contra sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Girona*. Sentencia estimatoria. La sentencia recurrida condena por abuso sexual en grado de tentativa y el Ministerio Fiscal recurre por infracción de ley e interés casacional por apartarse de la doctrina jurisprudencial emitida por la Sala Segunda, sobre la consumación en el delito de agresión sexual.

El debate se centra, esencialmente, sobre la estimación de la consumación cuando, como es el caso, se declara probado que «en el ínterin (mientras tiraba de ella) el acusado pasaba su mano por el cuerpo de la víctima tratando de saciar sus instintos».

El recurso recoge numerosas sentencias de la Sala en apoyo de su criterio. El recurso ha sido estimado.

*Recurso 306/2018, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba.* No se ha dictado sentencia.

Recurso por infracción de ley por inaplicación de los artículos 319.2 y 3 del CP e interés casacional, por oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda y existir sentencias contradictorias en las Audiencias Provinciales.

El recurso analiza la concurrencia de los elementos exigidos por el artículo 319.2 del CP y la demolición de lo indebidamente construido.

El Fiscal razona extensa y fundadamente la inexistencia de exoneración de la responsabilidad por el hecho de que existan otras viviendas construidas, tratándose de suelo no urbanizable y de especial protección.

*Recurso 1.388/2018.* Recurso por infracción de Ley del n.º 1 del artículo 849 de la LECrim, contra sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Zaragoza que absolvió, por delito de maltrato, e interés casacional, por existir sentencias contradictorias en el ámbito de las Audiencias Provinciales. El recurso ha sido estimado. Se trata de un supuesto de agresión mutua. El extenso análisis del Fiscal es acogido por la sentencia del Pleno.

Mucho más numerosos han sido los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas en primera instancia.

Sin duda, son los recursos contra sentencias absolutorias los más complejos y dificultosos de plantear, esencialmente cuando se produce la concurrencia del elemento subjetivo.

No obstante, la reciente STC n.º 37/2018, de 23 de abril, parece abrir una vía más flexible en el difícil camino de la revisión de sentencias absolutorias, señalando que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulte del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración –como es el caso de las pruebas documentales, o de pruebas periciales documentadas–; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos que resultan acreditados en éste, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se

basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso, sin merma de garantías constitucionales. Y también se descarta la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia, sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas.

Un año más, ha de significarse el escaso alcance que tienen los recursos de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria y menores. Se registran un total de 15 recursos en materia de vigilancia, y ninguno en materia de menores.

#### 1.2.5 ASUNTOS IMPUGNADOS POR LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sólo se señalan en este apartado alguno de los recursos de especial trascendencia por su complejidad o notoriedad social, pues, en definitiva, las colecciones jurisprudenciales recogen todas las sentencias de la Sala y no tendría sentido reproducirlas.

*Sentencia n.º 668/2018, de 19 de diciembre*, resolviendo Auto sobre responsabilidad civil del caso *Prestige*.

*Sentencia n.º 682/2018, de 20 de diciembre*. El asunto conocido como el crimen de Huelva. Absolución por el Tribunal de Jurado. Recurso del Fiscal y acusación particular, que fueron desestimados.

*Sentencia n.º 43/2018, de 25 de enero*. Concurso real de un delito de abuso sexual con delito continuado de agresión sexual a menor de 13 años.

*Sentencia n.º 282/2018, de 13 de junio y 247/2018, de 24 de mayo*. Por primera vez el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la «perspectiva de género».

Es de interés mencionar las dos primeras sentencias de la Sala en las que se revisan condenas en la instancia de prisión permanente revisable. En ambos casos la duplicidad de valoración de una misma circunstancia, estimando parcialmente los recursos, hace decaer la pena impuesta: STS n.º 716/2018, de 16 enero de 2019 y STS n.º 80/2017, de 10 de febrero.

#### 1.2.6 ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONALES

Finalmente, reproducimos todos los Acuerdos de los Plenos no jurisdiccionales de la Sala dictados en el año pasado.

– *Sala General de 23 de enero de 2018.*

Asunto: Alcance de la dispensa del artículo 416 LECR.

Acuerdo:

1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECR, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECR) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.

– *Sala General de 28 de febrero de 2018.*

Asunto: Interpretación del artículo 34 LH.

Acuerdo:

Al amparo del artículo 34 LH el adquirente de buena fe que confiado en los datos registrales inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, gozará de protección incluso en supuestos donde la nulidad del título proviene de un ilícito penal.

– *Sala General de 24 abril de 2018.*

Asunto: Aprovechamiento de una situación de violencia: hurto o robo.

Acuerdo:

Cuando aprovechando la comisión de un ilícito penal en el que se haya empleado violencia, y en la misma relación de inmediatez y unidad espacio temporal se realiza un apoderamiento de cosas muebles ajenas se entenderá que se comete un delito de robo del art. 237 del Código Penal, cuando se haya perpetrado con inmediatez al acto violento y sin ruptura temporal, y la violencia empleada facilite el acto del apoderamiento.

– *Sala General de 27 de junio de 2018.*

Asunto: Fijación de criterios en casos de acumulación de condenas.

Acuerdo:

1. Las resoluciones sobre acumulación de condena sólo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta).

2. La nulidad como solución al recurso casacional, debe evitarse cuando sea dable conocer la solución adecuada, sin generar indefensión.

3. Cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce *ex novo* en apelación o casación entonces, sólo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación.

4. En la conciliación de la interpretación favorable del artículo 76.2 con el artículo 76.1 del CP, cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido.

5. Las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida, deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento.

Favorece al condenado, cuando la conclusión es que se extinguen, sin necesidad de estar sometidas a periodo de prueba.

6. No cabe incluir en la acumulación, el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o continúa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación.

7. La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa.

8. La pena de localización permanente, como pena privativa de libertad que es, es susceptible de acumulación con cualquier otra pena de esta naturaleza.

9. A efectos de acumulación los meses son de 30 días y los años de 365 días.

10. La competencia para el incidente de acumulación, la otorga la norma al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia; sin excepción alguna, por tanto, aunque fuere Juez de instrucción (salvo en el caso del art. 801 LECR), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad.

11. Contra los autos que resuelven los incidentes de acumulación, sólo cabe recurso de casación.

El servicio de informática del Ministerio de Justicia, a impulso del Secretario de Estado de Justicia, don Manuel Dolz Lago (antes Fiscal de la Sección Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo), está prepa-



rando un programa informático capaz de realizar las acumulaciones de condena (art. 988 párrafo 3.º LECR).

El desarrollo de la aplicación se ha realizado en colaboración con los fiscales de la Sección Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo y con otros organismos para que funcione como una calculadora de acumulaciones. Se trata de un programa en el que se introducen los datos de las sentencias y las penas, y calcula el conjunto de bloques de acumulación que sea más beneficioso para el condenado porque supone la mayor reducción de tiempo de privación de libertad.

El programa piloto para pruebas estará listo a principios del mes de mayo de 2019 y se instalará para su uso en la Fiscalía del Tribunal Supremo, donde llegan un no pequeño número de recursos de casación contra los autos en los que se acuerda o deniega la acumulación de condenas, autos procedentes de todo el territorio nacional y en los que, siempre (con independencia de lo que diga o alegue en el recurso de casación), se revisa la acumulación realizada por si existiera otra posibilidad más beneficiosa. Hasta abril de 2019, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, había dictado 36 sentencias sobre acumulaciones de condenas.

El programa piloto no tendrá desarrollada toda la funcionalidad que se desea, ya que para el programa definitivo se prevé la incorporación de una base de datos de forma que no sea necesario introducirlos en cada ocasión, sino que los ya introducidos se mantengan, y en una posterior acumulación (por dictarse una nueva sentencia), sea suficiente con comprobar las condenas y añadir la nueva o nuevas. Una vez que se pueda confirmar su eficacia, podrá ser implantado en los Órganos Judiciales y Fiscalías.

### 1.3 Sección de lo Contencioso-Administrativo

#### 1.3.1 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN

La tarea llevada a cabo por la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo a lo largo del ejercicio de 2018 se concreta cuantitativamente en los siguientes datos:

1. Recursos de casación .....	154
1.1 Derechos fundamentales .....	140
1.1.1 Personaciones .....	66
1.1.2 Admisión-Inadmisión .....	50
1.1.3 Oposición .....	6
1.1.4 Asistencia a vista .....	2
1.1.5 Interposición .....	–
1.1.6 Otros .....	16
1.2 Procedimiento Ordinario .....	7
1.2.1 Personación .....	–
1.2.2 Otros .....	7
1.3 Tribunal de Cuentas .....	6
1.3.1 Personación .....	4
1.3.2 Admisión-inadmisión .....	1
1.3.3 Otros .....	1
1.4 En interés de la ley .....	1
1.4.1 Alegaciones .....	1
2. Recurso contencioso-administrativo .....	124
2.1 Derechos fundamentales .....	80
2.1.1 Alegaciones .....	42
2.1.2 Conclusiones .....	5
2.1.3 Otros .....	33
2.2 Procedimiento ordinario .....	44
2.2.1 Personación .....	2
2.2.2 Alegaciones .....	8
2.2.3 Conclusiones .....	5
2.2.4 Otros .....	29
3. Cuestión de inconstitucionalidad .....	4
4. Cuestiones prejudiciales TJUE .....	–

5. Nulidad de actuaciones . . . . .	16
6. Jurisdicción y Competencia . . . . .	58
6.1 Dictamen exposición razonada . . . . .	38
6.2 Conflicto de competencia . . . . .	11
6.3 Cuestión de competencia . . . . .	8
6.4 Conflictos de Jurisdicción . . . . .	1
7. Asistencia jurídica gratuita . . . . .	37
8. Recusaciones . . . . .	3
9. Errores judiciales . . . . .	35
9.1 Alegaciones . . . . .	20
9.2 Asistencia a vistas . . . . .	2
9.3 Otros . . . . .	13
10. Recursos de revisión . . . . .	36
10.1 Dictámenes . . . . .	31
10.2 Asistencia a vistas . . . . .	1
10.3 Otros . . . . .	4
11. Diligencias preprocesales . . . . .	1
11.1 Incoación y archivo . . . . .	1
12. Varios . . . . .	11
–Totales . . . . .	479
–Proc. Derechos fundamentales . . . . .	220
–Resto de intervenciones en procesos judiciales . . . . .	247
–Diligencias preprocesales . . . . .	1
–Varios . . . . .	11

Con carácter previo al análisis de estas cifras conviene efectuar alguna aclaración respecto de ciertos cambios en su estructura, a fin de facilitar su estudio comparativo con las recogidas en ediciones anteriores de esta Memoria.

La primera modificación afecta a los recursos de casación, que hasta ahora aparecían divididos en dos apartados, el primero dedicado a las casaciones que cabría calificar de *ordinarias*, esto es, las reguladas con carácter general en los arts. 86 y ss. LJCA (con independencia de la materia debatida en el proceso, por lo que abarcaban tanto los recursos interpuestos contra resoluciones recaídas en procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales como en procedimientos ordinarios, incluidos los procedentes del Tribunal de

Cuentas); y el segundo relativo a los recursos de casación que cabría denominar *especiales*, a saber, el recurso en interés de la ley y los recursos de casación para la unificación de doctrina, cuyas singularidades en materia de legitimación (en particular, la del Fiscal), objeto y efectos permitían distinguirlos netamente de los anteriores.

La desaparición de todas estas modalidades especiales de casación a partir de la reforma operada por la LO 7/2015 aconseja revisar la forma de presentación de los datos relativos al actual recurso extraordinario de casación (hoy único y configurado de modo uniforme), clasificándolos en atención a la naturaleza del procedimiento del que el recurso trae causa. Así, se computan por separado las casaciones preparadas o interpuestas en un procedimiento de derechos fundamentales, en un procedimiento ordinario o –por su singular entidad– contra resoluciones del Tribunal de Cuentas. Solo transitoriamente, como categoría residual y en inminente proceso de extinción se conserva la referencia a los recursos de casación en interés de la ley.

También puede observarse en la tabla estadística que se acaba de reproducir algún cambio concerniente a la nomenclatura. El empleo del término genérico *alegaciones* para referirse a la intervención del Fiscal en el recurso de casación, empleado en anteriores Memorias, no es apropiado, porque la LJCA solo contempla dos posibilidades de intervención de las partes (incluido el Ministerio Público) una vez admitido a trámite el recurso: el escrito *de interposición* que formula el recurrente, y el escrito *de oposición* a cargo del (o los) recurrido(s). La cuestión no es puramente nominal, sino que se conecta con un problema importante de fondo, como es el de la definición de la posición procesal del Fiscal en los recursos contencioso-administrativos en los que interviene. Si la sentencia es disconforme con su pretensión en la instancia, la Fiscalía deberá en todo caso decidir si la recurre o no, y en el primer caso deberá por tanto preparar y, de ser admitido, interponer el pertinente recurso, mientras que si acepta y asume el fallo contrario a sus tesis tendrá coherentemente que oponerse a los recursos que otras partes puedan preparar e interponer. Solo así queda verdaderamente preservado el principio constitucional de unidad de actuación entre la Fiscalía de origen y la Fiscalía del Tribunal Supremo. Este –por así decirlo– ejercicio de congruencia procesal (que dio lugar ya entrado 2019, y por consiguiente fuera del ámbito temporal de esta Memoria, a una comunicación dirigida a todos los Fiscales especialistas de la materia acerca del modo de proceder en caso de sentencia adversa susceptible de casación), debe reflejarse oportunamente en los términos que se utilizan para reflejar el resultado de su actividad.

Lo mismo sucede en el apartado dedicado a los dictámenes sobre jurisdicción y competencia, que abarcan no solo las cuestiones de competencia (entendida *stricto sensu* como competencia material, funcional y territorial de los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo) sino también las controversias entre órganos de distintos órdenes judiciales (conflictos de competencia) y, en fin –este año se computa un supuesto– la disputa entre órganos de Jurisdicción ordinaria y otros organismos o poderes públicos (conflictos de jurisdicción).

Por último, y aunque no sea una novedad de la presente Memoria, conviene aclarar que algunos apartados de la tabla estadística concentran cifras por motivos que cabría denominar *temáticos*, rompiendo en cierto modo la lógica procesal que preside en su conjunto la distribución de la información. Así, por ejemplo, en el apartado *nulidad de actuaciones* se computan todos los incidentes de esta clase con independencia de que se hayan producido en un recurso de casación o en un recurso directo, y de que se trate de un procedimiento de derechos fundamentales u ordinario. El mismo criterio temático se emplea con los informes sobre competencia, las recusaciones, las cuestiones de inconstitucionalidad, las cuestiones prejudiciales ante el TJUE y los dictámenes en materia de asistencia jurídica gratuita.

La razón de este tratamiento heterogéneo de la información es doble.

En primer lugar, porque como ya se explicó con detalle en la Memoria de 2015 el sistema de registro históricamente empleado en esta Sección computaba los procedimientos de derechos fundamentales atendiendo solo al dictamen de fondo –demanda o contestación–, mientras que el resto de las incidencias (competencias, nulidades, planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, etc.) se registraban aparte e indiferenciadamente, es decir, al margen del tipo de proceso en que hubiesen tenido lugar, pero de modo que al distinguir entre procedimientos de derechos fundamentales y procedimientos ordinarios, todos esos dictámenes se computaban en este segundo apartado. Aunque al crear la nueva herramienta informática de registro se procuró reordenar y categorizar más correctamente toda esa información, se planteó el problema de que su reestructuración rigurosa habría provocado la imposibilidad de recuperar a través de los motores de búsqueda aquellos datos correspondientes a los ejercicios anteriores que se hallaban anotados conforme al ecléctico criterio anterior, perdiéndose por tanto toda esa información.

Por otra parte, no deja de ser cierto que algunos de esos tipos de dictámenes presentan un rasgo dominante de homogeneidad en aten-

ción a su contenido más que en relación con la clase de proceso en que se producen. Las controversias competenciales (en cuanto síntoma del grado de seguridad jurídica y certeza en la asignación legal de asuntos a los distintos Juzgados y Tribunales), o el cómputo de los incidentes de nulidad de actuaciones, de planteamiento de cuestiones prejudiciales europeas o de cuestiones de inconstitucionalidad, igual que la conflictividad relativa a la asistencia jurídica gratuita, arrojan información estadística concreta sobre determinados aspectos del sistema judicial –y en particular de esta Jurisdicción– o de la propia calidad de la legislación que aplicamos que solo resulta apreciable en una imagen de conjunto. A título ilustrativo, la fragmentación de los datos acerca de las cuestiones y conflictos de competencia según se planteen en procedimientos ordinarios o de derechos fundamentales tiene escaso sentido estadístico, y tal vez habría fragmentado y atenuado indebidamente la sensación, puesta de manifiesto durante años en las Memorias, de que el régimen de atribución competencial diseñado por el Legislador en la vigente LJCA de 1998 generó en sus orígenes muy graves problemas de comprensión y asimilación, proyectados en una elevada cifra de conflictividad que solo en el último lustro ha ido descendiendo paulatinamente.

Por todo ello en las sucesivas Memorias se ha optado por mantener ese tratamiento dual de la información –naturaleza del procedimiento vs. naturaleza del concreto dictamen–, criterio que se mantiene aquí aclarando sin embargo explícitamente las razones que la justifican (o al menos la explican), y dotando de mayor precisión al significado de los datos que se ofrecen. De ahí, en fin, que al reportar las cifras globales se haya preferido contraponer los términos procedimientos de derechos fundamentales y resto de intervenciones en procesos judiciales, en lugar de la equívoca división de procedimientos de derechos fundamentales y procedimientos ordinarios.

Hechas las precedentes aclaraciones, procede ahora formular conforme a la tradición un sucinto comentario, a la vista de las cifras expuestas, de la evolución del trabajo que realiza la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, desde el punto de vista cuantitativo.

El primer dato que merece destacarse es la ruptura de una tendencia mantenida a lo largo de los dos años anteriores, que inclinaba a la baja el índice global de actuaciones de esta Sección. De 495 dictámenes en 2016 y 461 en 2017, en el ejercicio de 2018 pasamos a 479, evidenciando un leve cambio de orientación en torno al 4% de incremento respecto del año anterior. En realidad, estas variaciones mínimas respecto de un volumen total que no alcanza el medio millar de

dictámenes anuales (cuya escasa dimensión total lógicamente magnifica el reflejo porcentual de cualquier movimiento, por leve que sea) pueden considerarse como un síntoma inequívoco de estabilidad, tal y como se aventuraba en Memoria anterior. Y ello pese al incuestionable impacto que, como se corroborará al repasar las cifras detalladas, ha supuesto la aplicación de la LO 7/2015, que sin embargo parece ya esencialmente absorbido tras un período de relativa incertidumbre acerca de su magnitud. En suma, la novedad es que no hay novedad, o al menos no lo suficientemente significativa como para afectar de modo sustancial a la carga de trabajo de la Sección, cuestionar la dimensión de su plantilla o revisar –sin perjuicio de las mejoras siempre posibles– la organización de la oficina o del sistema de trabajo de los Fiscales.

Quizá el factor más llamativo siga siendo precisamente el que afecta al recurso de casación, cuya profunda reestructuración por la mencionada ley orgánica, en particular respecto de la posibilidad de inadmisión a trámite por falta de *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*, confirma este año, con un total de 154 actuaciones del Fiscal, y pese a un aparente repunte en 2017 (181 dictámenes), el drástico descenso ya anunciado en el ejercicio de 2016, en el que de los 343 recursos del año anterior a la vigencia de la reforma (2015) se había pasado a menos de la mitad (146). Lo que sí se mantiene, como cabía esperar, es la enorme diferencia entre el número correspondiente a las intervenciones del Fiscal en casaciones en materia de derechos fundamentales (140) y las que tienen lugar en procedimientos ordinarios (7). En ese ámbito casacional se repite, respecto del último ejercicio, la cifra de 6 actuaciones en recursos contra resoluciones del Tribunal de Cuentas, que por su singularidad (no obstante, lo resuelto por ATS de 31 de mayo de 2017, que se comentó *in extenso* en la Memoria del año pasado) se siguen reseñando aparte.

La reforma legal de 2015, como también se explicó en años anteriores, determinó una incomprensible restricción de la tarea de defensa de la legalidad que el art. 124 CE encomienda al Fiscal, al suprimir el recurso de casación en interés de la ley, y con ello la legitimación del Ministerio Público no solo para cuestionar la legalidad de determinados actos y disposiciones de especial trascendencia para el interés general, sino sobre todo para emitir su parecer en los numerosos supuestos en que la propia Administración ponía y pone en tela de juicio las decisiones judiciales adversas alegando ese motivo. Ahora el recurso de casación basado en el *interés casacional* de esos supuestos, sustancialmente coincidentes con la descripción de los apartados b) y c) del art. 88.2 LJCA, queda fuera del radio de acción del Fiscal,

salvo que ostente *per se* la condición de parte en el procedimiento de que se trate. La estadística de este ejercicio certifica, a modo de «acta de defunción», el despacho de un solo previsiblemente el último recurso de casación en interés de la ley.

También se confirma, bajo el influjo de la repetidamente citada reforma de 2015, la virtual desaparición de la intervención del Fiscal en los procedimientos (de incuestionable *interés general*, pese a todo) dirigidos al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Un rotundo cero estadístico evidencia por segundo año consecutivo el efecto terminante –y nunca mejor dicho– de esa decisión legislativa.

Vuelve sin embargo a cifras habituales el número de cuestiones de inconstitucionalidad (4 en 2018 por 6 en 2017, frente a la excepcional cifra de 44 en 2016, que ya se explicó en la correspondiente Memoria) y se mantienen en un abanico limitado de fluctuación los procedimientos de error judicial (35 en 2018, frente a 28 en 2017 y 40 en 2016) y revisión de sentencia firme (36 en 2018, 41 en 2017, 39 en 2016).

Posiblemente el otro dato estadístico significativo (junto con la estabilización a la baja de los recursos de casación) sea que en 2018 vuelve a crecer, y de manera exponencial, la cifra de dictámenes emitidos en recursos contencioso-administrativos de los que conoce el Tribunal Supremo en primera y única instancia (los denominados *recursos directos*), que pasaron de 19 en 2015 a 25 en 2016, a 78 en 2017 y han llegado a 124 en 2018, lo que supone un 37% de incremento solo en el último año. Incremento que, sin embargo, y sin perjuicio de esa evidente tendencia incremental, aparece en este caso vinculado –como no es infrecuente que suceda, en relación además a distintos apartados del cuadro estadístico– a la concentración en un mismo ejercicio anual de una *serie* de procesos relacionados con un problema concreto, que afecta a un número importante de personas o genera especial conflictividad. En este caso se trata, como se verá al comentar las incidencias del ejercicio desde la perspectiva cualitativa, de los numerosos litigios generados en torno a la aplicación del art. 155 CE en la Comunidad Autónoma de Cataluña, a partir del mes de octubre de 2017. En concreto, esta Sección emitió en 2018 en torno a 50 dictámenes en procesos promovidos por distintos recurrentes y contra diferentes resoluciones vinculadas a la aplicación de las medidas autorizadas por el Senado el 27 de octubre de 2017.

La cifra de informes sobre competencia sigue descendiendo, como ya se apuntó antes (58 en 2018 por 90 en 2017 y 118 en 2016), resultando especialmente llamativo el hecho de que esa inclinación a la baja se registre en los dictámenes emitidos como consecuencia de una



exposición razonada elevada al Tribunal Supremo por los órganos jurisdiccionales inferiores (de 89 en 2016 bajaron a 64 en 2017, y quedan en 38 en el año al que concierne esta Memoria). Aunque siempre resulta algo osado tratar de explicar esos movimientos cuantitativos, cabría conjeturar que el esfuerzo de clarificación llevado a cabo a lo largo de los últimos años por la Sala Tercera a la hora de definir su propio ámbito de competencia está permitiendo, en beneficio de la seguridad jurídica y de la agilidad de los procedimientos, superar con mayor certeza las dudas de los Jueces y Tribunales en la aplicación del complejo sistema competencial derivado de la LJCA. En este apartado se reseña, como ya se anticipó, un inhabitual conflicto de jurisdicción, que concretamente quedó trabado entre un Juzgado del orden contencioso-administrativo y la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, a propósito de su competencia para resolver un incidente relativo al posible cambio de situación económica del justiciable al que se había reconocido tiempo atrás ese derecho.

Por cierto, se intuye en las cifras correspondientes a la intervención del Fiscal en esta materia –la asistencia jurídica gratuita– un sensible aumento (17 dictámenes en 2016, 23 en 2017 y 37 en 2018, lo que supone su más que duplicación en dos años), que, sin perjuicio de acreditar una innegable evolución al alza, conviene no obstante advertir que no refleja con exactitud el número de expedientes tramitados en términos absolutos. La razón es que en los supuestos de insostenibilidad, que son la mayoría de los que generan en este terreno la intervención del Fiscal, la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita no remite a la Fiscalía, al darle traslado, copia del expediente completo, sino que por motivos de orden operacional y de trasiego de la información prefiere que sea el propio Fiscal quien, a la vista de los informes formulados por el Letrado designado de oficio y el Colegio de Abogados, seleccione y reclame en su caso la documentación que necesite para pronunciarse sobre la cuestión planteada. Esto hace que en la mayor parte de esos procedimientos se computen como mínimo dos entradas en el registro de la Sección, lo que lógicamente repercute en el volumen de actividad que refleja el cuadro estadístico.

Un último dato con vocación de pasar inadvertido por su insignificancia cuantitativa (la incoación de un solo expediente de *diligencias preprocesales* del art. 5 EOMF) oculta sin embargo una actuación de notable trascendencia, que será objeto de atención en el apartado correspondiente al examen *cualitativo*: la primera intervención exitosa del Fiscal en el orden contencioso-administrativo al amparo de la legitimación específica que le reconoce la Ley de Enjuiciamiento

Civil en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

### 1.3.3 PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1.3.3.1 *Valoración general*

La presencia del Fiscal en el ámbito de tutela de los derechos fundamentales dentro del orden contencioso-administrativo obedece, como se viene proclamando en las últimas Memorias de esta Sección, a un planteamiento legislativo palmariamente insatisfactorio.

De entrada, la vinculación formal de esa presencia al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de los arts. 114 y ss. LJCA limita arbitraria y fragmentariamente la misión de defensa de *los derechos de los ciudadanos* que emana del art. 124 CE, porque ni la tutela de los derechos fundamentales en esta Jurisdicción se circunscribe realmente a ese procedimiento, ni la intervención en él del Ministerio Fiscal está diseñada del modo más oportuno para que pueda ser eficaz.

En el primer aspecto, ya se ha reiterado en ediciones anteriores de la Memoria que constituye una inexplicable incoherencia el que, en función del diseño de nuestro proceso contencioso-administrativo, sea el demandante o recurrente quien, al decidir libremente si acude a un procedimiento especial del art. 114 LJCA o, por el contrario, a un recurso contencioso-administrativo ordinario, determine unilateralmente –elija, en definitiva– si el Fiscal intervendrá en el pleito o no, o incluso pueda optar por la doble vía de forma simultánea. Y eso, cabe subrayar, aunque la pretensión que defienda sea idéntica en ambos procedimientos, y aunque en el caso del procedimiento ordinario su objeto se ciña exclusivamente a la posible lesión de un derecho fundamental.

Al mismo tiempo, en el segundo aspecto, se pone de manifiesto la paradoja de que, allá donde la intervención del Fiscal se considera preceptiva, la pretendida «defensa» de los derechos fundamentales se identifique más bien con la tarea de *dictaminar* desde una posición equidistante y objetiva, en la línea del clásico *amicus curiae*, acerca de las pretensiones de las partes, pronunciándose a favor o en contra (casi siempre, por cierto) de la pretensión del recurrente.

En repetidas ocasiones, incluso mediante la formulación de alguna propuesta de modificación legislativa, se ha defendido desde esta Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal

Supremo la conveniencia de reorientar radicalmente el papel del Ministerio Fiscal en esta jurisdicción, mediante la debida vinculación y toma en consideración conjunta de los tres objetivos que define el art. 124 CE: la defensa de la legalidad, la defensa de los derechos de los ciudadanos, y la del interés general con un singular matiz: la promoción del interés social.

Desde ese punto de vista, permitiendo por ejemplo al Tribunal —incluso a la propia Fiscalía— decidir en determinados supuestos sobre la *necesidad* y la *oportunidad* de la intervención del Ministerio Público en atención a esos parámetros constitucionales (defensa *real* y *efectiva* de un derecho fundamental y/o defensa del interés general en su proyección *social*), la acción del Fiscal en la jurisdicción contenciosa resultaría sin duda mucho más coherente y más útil. En la línea por la que paradójicamente, sin ir más lejos, camina el propio Tribunal Supremo tras la reforma del recurso de casación, inspirada en ese designio de *utilidad* que se concreta en el *interés objetivo* para la formación de jurisprudencia.

La propia Sala Tercera ha torneado en ocasiones, más allá de la estricta literalidad de las normas procesales, esa configuración estrecha y desatinada de la presencia del Fiscal, aceptando por ejemplo su intervención sistemática en todos los recursos que versan sobre materia electoral (y no solo en el recurso propiamente *contencioso-electoral* relativo a la proclamación de electos, que en realidad es el único en el que la LOREG alude de forma literal a la audiencia del Ministerio Público), o —más recientemente— teniéndolo por *parte legítimamente interesada* en los procedimientos que versan sobre la concesión o denegación de un indulto.

Y al contrario, como queda dicho, los Fiscales se ven con frecuencia en la paradójica tesitura de comparecer por fuerza en un procedimiento en el que no tendrán más remedio que oponerse a la defensa de un derecho fundamental que el recurrente pretende, o prepararse incluso para la eventualidad, ya rozada en alguna ocasión, de que la invocación de ese derecho fundamental se produzca frente a actos de un órgano del propio Ministerio Fiscal o —no se sabe qué es más complicado— por un miembro de la Carrera Fiscal frente a esta misma institución. Es obvio que todas estas situaciones, perfectamente factibles y en ocasiones ya producidas en la práctica, cuentan con vías razonables de solución, pero no es menos cierto que ni una sola de ellas aparece hoy por hoy planteada, y mucho menos resuelta, en un texto legislativo.

De ahí que la estadística anual sobre la intervención del Fiscal en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales ofrezca una ima-

gen amputada y contradictoria de la realidad, no porque los datos ofrecidos no sean fidedignos, sino porque podrían y deberían ser otros si el Legislador se abriera a la tarea eternamente pendiente de comprender y desarrollar con todas sus consecuencias el modelo de Ministerio Fiscal que resulta de la Constitución de 1978.

### 1.3.3.2 *Asuntos más relevantes*

Como ya se ha señalado, los acontecimientos vinculados al movimiento secesionista producido en la Comunidad Autónoma de Cataluña que dieron lugar a la aplicación del art. 155 CE han generado, como era de prever, una considerable litigiosidad ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Ya en la Memoria anterior, y como precedente directo de esa ulterior sucesión de procedimientos vinculados con el denominado *procès catalán*, se dejó constancia del recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea contra dos Órdenes ministeriales de septiembre de 2017 por las que, *en defensa del interés general y en garantía de los servicios públicos fundamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña*, se requería al Presidente de la Generalitat para que adoptase un acuerdo de no disponibilidad sobre el presupuesto de la Comunidad relativo a determinados créditos, y desatendido dicho requerimiento, se acordaba directamente la no disponibilidad de los mismos. Como se anticipó entonces, las tesis de la Fiscalía contrarias a la posibilidad de incluir en el *ius in officium* que consagra el art. 23 CE un supuesto derecho de los Senadores a que el Gobierno llevase a la Cámara (precisamente vía art. 155 CE) el debate sobre esa cuestión, fueron asumidas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de junio de 2018 (rec. 597/2017).

También en la Memoria del pasado año se reseñó el proceso promovido por el Presidente de la Generalitat cesado, contra el propio Acuerdo del Consejo de Ministros en cuya virtud se proponían al Senado las medidas finalmente autorizadas por decisión del Pleno de 27 de octubre de 2017. Pues bien, a esa iniciativa seguirían otras de similar factura, esto es, dirigidas a cuestionar directamente la legalidad de las medidas autorizadas por la Cámara Alta o derivadas de su ejecución.

Especial referencia merecen, en este sentido, los recursos interpuestos contra los Reales Decretos 942/2017, 943/2017 y 945/2017, por los que en aplicación de las mencionadas medidas se acordó el

cese del Presidente, Vicepresidente y Consejeros de la Generalitat, así como de los altos cargos y personal eventual adscritos a dichos órganos. El propio expresidente recurrió su cese, y también lo hicieron buena parte de quienes fueron apartados de sus puestos por ostentar la condición de alto cargo o formar parte del personal eventual. En este último caso se computan una veintena de procedimientos, que además han generado –cada uno de ellos– varios dictámenes de la Fiscalía, al haberse planteado inicialmente problemas de competencia (ya que los recurrentes defendían la del TSJ de Cataluña, cuando era evidente que correspondía al Tribunal Supremo por tratarse de actos dimanantes del Consejo de Ministros, ejerciendo una competencia propia en directa aplicación de las medidas autorizadas por el Senado) e incidentes derivados de la solicitud de medidas cautelares (primero solicitaron la suspensión del cese y más tarde, una vez celebradas las elecciones y tras haber algunos recuperado sus cargos, desistieron de dicha solicitud cautelar, y finalmente al menos doce de ellos desistieron del propio recurso). Hubo incluso algún supuesto en el que se suscitó el debate acerca del propio objeto del proceso, al pretender la parte actora su ampliación al margen de los requisitos establecidos por la LJCA cuando se percató extemporáneamente de que por error había interpuesto el recurso contra un Real Decreto que en realidad no era de aplicación a su caso.

En cuanto al fondo, todos los recurrentes planteaban cuestiones similares, relativas por un lado a la constitucionalidad de las medidas aprobadas por el Senado –lo que como es obvio excede el objeto posible de un recurso contencioso administrativo– y otras directamente referidas a defectos formales (competencia y procedimiento para adoptar la decisión, régimen de publicación, etc.) o cuestiones materiales (p. ej., la naturaleza de la función desempeñada por el afectado), que a juicio de esta Fiscalía en ningún caso justificaban la pretensión de que los Reales Decretos en cuestión fueran declarados contrarios a Derecho. Sin perjuicio de los desistimientos ya reseñados, a la fecha de redactarse esta Memoria no ha recaído sentencia definitiva en el resto de los procedimientos. Igualmente se halla pendiente de resolución definitiva uno de los dos procedimientos de impugnación de la disolución del Patronato Cataluña Món-Consejo de Diplomacia Pública de Cataluña (DIPLOCAT), en el que esta Fiscalía intervino exclusivamente para dictaminar sobre la competencia judicial, habiendo recaído sentencia desestimatoria en otro de contenido similar en que no intervino el Fiscal.

Igualmente dictó la Sala sentencia conforme con las pretensiones del Ministerio Fiscal en dos recursos interpuestos contra el RD 946/17

por el que, una vez más en ejecución de las medidas autorizadas por el Senado, el Presidente del Gobierno decretó la disolución del Parlamento Catalán y la convocatoria de elecciones.

Y, en fin, asimismo de acuerdo con el criterio de la Fiscalía y ya fuera del estricto marco de aplicación del art. 155 CE, concluyeron con Auto de inadmisión y Decreto de aprobación del desistimiento formulado, respectivamente, otros dos recursos formulados contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que, tras la celebración de las elecciones de diciembre de 2017, el Gobierno ordenaba la impugnación ante el Tribunal Constitucional de la propuesta formulada por el anterior presidente como candidato a la Presidencia de la Generalitat. Era obvia la inviabilidad de tales recursos, en la medida en que la decisión del Consejo de Ministros no se configura como un acto administrativo autónomamente recurrible, sino como el requisito de formalización de una pretensión ante el Tribunal Constitucional, lo que lo inserta en un ámbito netamente procesal-jurisdiccional.

Extramuros del conflicto secesionista, la actividad de la Sección en el contexto de la tutela de los derechos fundamentales incluyó en 2018 otras actuaciones dignas de mención en este apartado. Así, por ejemplo, cabe reseñar la novedosa cuestión planteada en el recurso contencioso-administrativo n.º 554/2017, interpuesto por el Comité de Huelga de los vigilantes de seguridad del Aeropuerto de Barcelona, frente al acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de agosto de 2017 por el que se estableció un *arbitraje obligatorio* como vía de solución del conflicto que tuvo lugar en los meses de julio y agosto de ese año, cuyo seguimiento, como es públicamente conocido por su amplia difusión mediática, se tradujo en serias alteraciones en el tráfico ordinario de pasajeros por la terminal, y en particular por la concentración de grandes colas –con la consiguiente prolongación de la espera– ante los controles de seguridad. La singularidad del pleito se centraba sobre todo en la concurrencia de los requisitos para la imposición de la citada medida de arbitraje obligatorio, prevista en el conocido Real Decreto-Ley 17/1977 y, como es obvio, en su incidencia en el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la huelga que proclama el art. 28.2 CE. La Fiscalía defendió la constitucionalidad de la decisión gubernativa, habida cuenta de las concretas circunstancias del caso, y por sentencia de 16 de noviembre de 2018 la Sala Tercera del Tribunal Supremo, acogiendo sus argumentos, desestimó íntegramente el recurso. Aparte del carácter sin duda infrecuente del supuesto de fondo planteado, la razón de su cita expresa en este apartado tiene que ver con las observaciones realizadas más arriba, acerca de la peculiar situación en la que se coloca en ocasiones el Ministerio Público como

parte en el procedimiento especial de derechos fundamentales: en este caso era obvio para la Fiscalía que la tensión entre el derecho fundamental que invocaban los huelguistas y el *interés general* cuya promoción y tutela también compete constitucionalmente a esta institución obligaba a sostener una concepción del derecho fundamental no coincidente con la defensa del interés de los recurrentes, sino con la correcta definición de los límites que el ejercicio de todo derecho encuentra en los derechos de los demás ciudadanos. En ese sentido, la *defensa de los derechos de los ciudadanos* cobra una dimensión más objetiva o, si se quiere, abstracta, que a veces puede ser percibida con tanta dificultad como la propia función de *parte imparcial* que corresponde al Fiscal.

Especialmente compleja, también por su novedad, fue la cuestión planteada en el recurso de casación 509/2017, que sustancialmente giraba en torno a la singular figura de los *vocales vecinos*, que en algunos Ayuntamientos (en el caso estudiado, el de Madrid) forman parte, por nombramiento del Alcalde y a propuesta de los grupos políticos, de las Juntas de Distrito. La controversia se centraba en si es aplicable a estos *vocales vecinos* el régimen jurídico de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, del que se hallan excepcionalmente excluidos los cargos políticos electos. La dificultad técnico-jurídica de las cuestiones suscitadas impide su examen detallado aquí, pero en sustancia la Fiscalía optó por entender que, tratándose sin duda de una forma de *participación política* que expresamente contempla el art. 23 CE, el hecho de no haber sido elegidos por sufragio universal directo no impedía extender a estos ciudadanos la razón de ser de la excepción reseñada en materia de incompatibilidades, puesto que eran personas designadas para el ejercicio de una función política por los propios concejales, a propuesta de los grupos políticos municipales, lo que viene a constituir un modelo de elección *indirecta* o *de segundo grado* de clara naturaleza y vocación representativa. La Sala coincidió con ese criterio, como puede comprobarse en la STS de 2 de octubre de 2018.

Con peor fortuna sostuvo la Fiscalía su tesis contraria al rechazo por la Junta Electoral del Consejo General del Poder Judicial prevista en el art. 576 LOPJ de la candidatura de un magistrado al proceso selectivo, por el turno correspondiente a la Carrera Judicial, para la designación de Vocales del referido Consejo. La cuestión –suscitada en el recurso 367/2018– giraba en torno a la interpretación del art. 573.2 LOPJ, según el cual «*El Juez o Magistrado que, deseando presentar su candidatura para ser designado Vocal, ocupare cargo incompatible se comprometerá a formalizar su renuncia al mencio-*

*nado cargo si resultare elegido*». El afectado formaba parte, al tiempo de presentar su candidatura, de un Tribunal de Justicia internacional, hallándose por consiguiente en situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial, y se trataba de dilucidar si su compromiso expreso de hallarse en servicio activo en el momento de ocupar el cargo del Vocal del Consejo, en caso de ser finalmente designado, equivalía o no a la concreta exigencia legal. El pleito suscitaba cuestiones periféricas de no menor interés, como la de determinar si el régimen de incompatibilidades al que se refiere la norma había de tomarse en consideración respecto de los vocales integrados en la Comisión Permanente o en el Pleno, bajo la vigencia de una normativa –hoy derogada– que precisamente establecía para los Vocales no integrados en dicha Comisión un régimen de compatibilidad con sus ocupaciones profesionales ordinarias. La Sala, tras aclarar que la compatibilidad había de entenderse referida al ejercicio del cargo de Vocal de la Comisión Permanente, resolvió que el compromiso requerido por la norma había de formularse en los exactos y formales términos que la norma enuncia, porque no es lo mismo renunciar a la situación de servicios especiales que renunciar al cargo que la genera, y por consiguiente desestimó el recurso.

Mención aparte dentro de este apartado de la defensa de los derechos fundamentales merecen los procedimientos de impugnación de los actos de la Administración electoral, y en particular de la Junta Electoral Central. Y conviene subrayar precisamente la inclusión de esta clase de asuntos en este apartado, puesto que –como ya se ha advertido en alguna Memoria anterior– si bien no siempre se trata de procedimientos tramitados con arreglo a los artículos 114 y ss. LJCA (el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales), ya desde la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional se vino –y se ha seguido– sosteniendo, a partir de la Circular 3/1998, de 23 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo*, que en todos ellos es parte el Fiscal, por tratarse indiferenciadamente de supuestos en los que se cuestiona el ejercicio del derecho fundamental de sufragio (art. 23 CE), sea en su modalidad activa o pasiva, y que de manera inherente afectan a un primordial interés general.

Pues bien, entre los despachados en 2018 cabe reseñar dos curiosos supuestos suscitados en el ámbito de la Administración municipal.

En el primero de ellos (rec. 2/252/21018) se planteaba la suspensión cautelar de la decisión de la JEC de emitir las pertinentes credenciales para sustituir dos concejales de un Ayuntamiento que habían sido condenados por delito a penas que incluían la inhabilitación para



el ejercicio de su cargo, dándose la circunstancia de que la sentencia condenatoria penal se hallaba recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional. Suspendida cautelarmente la resolución impugnada, el amparo fue admitido, por lo que se planteó la posible pérdida de objeto del pleito. La Sala sin embargo decidió proseguir su tramitación, interesando obviamente la Fiscalía la estimación de la demanda, dada la situación jurídica sobrevenida a consecuencia de la Sentencia del TC. Al redactar estas páginas aún no ha recaído resolución.

El otro caso se refiere a la declaración judicial de incapacidad por enfermedad de un Alcalde. A instancia del grupo municipal de la oposición se insta a la JEC la emisión de la oportuna credencial a favor del siguiente electo de la lista para su sustitución, que la Junta Electoral deniega porque en ese momento el art. 3 LOREG exigía para la privación del derecho de sufragio de los judicialmente incapacitados que la sentencia declarase expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio, lo que no se daba en el caso. Impugnada la resolución por la Corporación Municipal, el procedimiento se hallaba pendiente de informe de esta Fiscalía cuando entró en vigor la Ley 2/2018, de 5 de diciembre, que suprimió dicha norma y además dejó sin efecto *ope legis* todas las declaraciones judiciales de privación del derecho de sufragio. Consecuentemente el Fiscal instó la desestimación del recurso, pero antes de recaer resolución al respecto se produjo el fallecimiento del afectado, por lo que obviamente la controversia quedó desprovista de objeto.

De gran interés también fue la cuestión planteada en el recurso 2/246/18, en el que se impugnaba una resolución de la JEC por la que se imponía una sanción al director de un periódico por haber publicado en la jornada de reflexión una entrevista –con foto de portada incluida– con una de las candidatas. La Fiscalía, atendiendo a pronunciamientos anteriores de la Sala en materia de ejercicio de la libertad de expresión y prensa en período electoral, se inclinó por interesar la estimación de la demanda, al considerar que el régimen sancionador previsto para las actividades de *captación de sufragios* no podía entenderse aplicable, sin la previa acreditación de algún género de concierto expreso para esa finalidad, al desarrollo de la actividad informativa periodística, máxime cuando en las declaraciones de la candidata no se incitaba directamente al voto a favor de su fuerza política y, sobre todo –lo que resultaba especialmente llamativo– se había procedido exclusivamente contra el responsable del medio de comunicación, pero no contra la entrevistada. El procedimiento sigue pendiente de sentencia.

En fin, también se pronunció la Fiscalía en el recurso interpuesto por la *Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals* contra la resolución de la JEC en varios expedientes acumulados, sustancialmente ati-

nentes a una serie de emisiones de radio marcadamente sesgadas a favor de las tesis independentistas. El Fiscal se opuso al recurso negando su premisa mayor, que se apoyaba –a partir de una manifiestamente inasumible concepción del papel que en democracia corresponde a los medios de comunicación públicos– en la defensa de una determinada *línea editorial*, que además no consideraba partidista por el hecho de no identificarse con *un concreto* partido político. El Ministerio Fiscal informó, como queda dicho, en contra del recurso, afirmando que la elemental exigencia democrática de neutralidad política de los medios públicos no se identifica con la ausencia de apoyo expreso a un partido concreto, sino con la obligación de abstenerse en el debate político, convirtiéndolo su obligación de transmitir información veraz en una labor de indisimulado proselitismo ideológico, característico de sistemas totalitarios. Tampoco ha recaído todavía sentencia.

#### 1.3.4 OTROS DICTÁMENES

Fuera del específico marco de la tutela directa de los derechos fundamentales, en el ejercicio correspondiente a esta Memoria cabe destacar las siguientes actuaciones de esta Sección:

##### a) *Competencia*

En la Memoria anterior se había dejado constancia del intento de esta Fiscalía por allegar a la Sala Tercera del Tribunal Supremo el problema que plantea el silencio de la vigente LJCA acerca de la competencia judicial para conocer de las resoluciones gubernativas del Fiscal General del Estado, lo que provoca su reconducción al supuesto residual del art. 10.1, m) de la citada Ley, y por tanto a establecer la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, o –lo que aún complica más el problema– del TSJ del lugar del domicilio del recurrente, cuando, como es frecuente, se trata de materia de personal (art. 14). De este modo no solo se rompe cierta lógica institucional respecto de la competencia para conocer de los actos de otros órganos *de relevancia constitucional*, como pueda ser el Consejo de Estado, que ha sido asumida por el Tribunal Supremo pese a no estar tampoco prevista expresamente en la norma procesal, sino que se corre el riesgo de una potencial dispersión de criterios en cuestiones que afectan a la Carrera Fiscal, cuyo carácter único y uniforme puede resquebrajarse sin fácil posibilidad de reparación, ya que el acceso vía casación al

Tribunal Supremo se halla notablemente limitado por la exigencia de *interés casacional objetivo*.

Con ocasión de una cuestión de competencia suscitada por otro motivo, en relación con una decisión de la Fiscal General del Estado de archivar una denuncia formulada por un particular ante la Inspección Fiscal, esta Sección había planteado el problema a la Sala Tercera, que sin mayor fundamentación se limitó a responder (Auto de 12 de diciembre de 2018, cuestión de competencia 32/2018) que *«no se considera pertinente el planteamiento de dicha posibilidad, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 67 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, atribuye la competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de imposición de sanciones disciplinarias dictadas por el Consejo Fiscal y por el ministro de Justicia que agoten la vía administrativa»*. De ello cabe extraer dos consecuencias: que esta Fiscalía deberá seguir insistiendo en los argumentos de fondo –que la Sala no ha entrado a examinar– acerca de la identidad de razón que justifica un mismo tratamiento para el Fiscal y el Presidente de Consejo de Estado en un ámbito competencial que no está legalmente regulado, y que, como ya se había puesto de manifiesto en ocasiones anteriores, urge la reforma del art. 67 EOMF, que ya ha dado problemas interpretativos en varias ocasiones, y cuya naturaleza gravemente perturbadora se caracteriza sobre todo por contener un vestigio inaceptable, a la vista del art. 124 CE y, sobre todo, del art. 2 del propio EOMF, de una dependencia *jerárquica* de la Carrera Fiscal respecto del Ministerio de Justicia, en un marco tan sensible como es el del ejercicio de la potestad disciplinaria.

*b) Protección de los derechos de los consumidores y usuarios.*

La creciente atención en el seno del Ministerio Fiscal a la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, subrayada y potenciada por la Circular 2/2018, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, que se refiere a esta materia, va teniendo poco a poco consecuencias en el ámbito de actuación jurisdiccional de esta Sección.

En el ejercicio al que afecta la presente Memoria cabe significar dos intervenciones. La primera, en relación con un procedimiento seguido a instancia de una organización de consumidores contra una serie de Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial por los que se asigna a un solo Juzgado por provincia todos los asuntos relativos

«a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física» –en especial, las cláusulas suelo–. El Fiscal fue llamado al procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.1 LEC, con escasa fortuna, en la línea que más arriba se apuntó, respecto de la protección de los derechos de los usuarios, puesto que esta Fiscalía no tuvo más remedio que oponerse a la estimación de la demanda al constatar que no existían datos objetivos capaces de acreditar, como pretendían los recurrentes, que la decisión del Consejo hubiera generado una dilación mayor de los procedimientos que el anterior sistema de distribución a los Juzgados de lo Mercantil. Evacuado el trámite de conclusiones, el pleito está pendiente de sentencia.

La segunda actuación destacable trae causa de una iniciativa de los Automovilistas Europeos Asociados, que cuestionaba el sistema de adjudicación de la organización e impartición de los cursos para la recuperación de puntos del permiso de conducir. A diferencia de la obtención del carnet, que como es sabido se organiza mediante autoescuelas sujetas a mera autorización administrativa, el sistema de formación para la recuperación de los puntos –y, en su caso, del propio permiso– se adjudica mediante concesión administrativa a una sola entidad para todo el territorio nacional, por lo que la asociación mencionada estimaba infringido el principio de libre competencia, en evidente perjuicio de los consumidores. Esta Sección recibió el asunto de la de lo Civil, ante la que inicialmente habían comparecido los interesados, y tras incoar diligencias preprocesales y llegar a la conclusión de que la competencia judicial para conocer del asunto correspondía a la Audiencia Nacional, remitió las actuaciones a la Fiscalía de dicho Tribunal, donde de hecho ya se estaba tramitando un procedimiento con el mismo objeto, a instancia de otra asociación. El Fiscal se personó en ese procedimiento, y atendiendo a sus pretensiones el Tribunal anuló la Orden del Ministerio del Interior que regulaba el referido sistema de adjudicación. En la propia página web de la asociación que había instado esta actuación puede leerse que «*la intervención del Ministerio Fiscal solicitada por AEA hace dos años ha sido decisiva en la resolución favorable del recurso planteado por una asociación de autoescuelas*».

No cabría cerrar este apartado sin dejar constancia de la accidentada tramitación en la Sala Tercera del Tribunal Supremo de una serie de recursos de casación relativos al régimen jurídico del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, concretamente en relación con la determinación del obligado al pago de este último tributo en los supuestos de constitución de préstamos hipotecarios para la compraventa de vivienda. Mediante sentencia de 16 de octu-

bre de 2018 la Sección Segunda de dicha Sala, estimando un recurso de casación (posteriormente dictaría otras dos, de fecha 22 y 23 del mismo mes, en idéntico sentido), modificó el criterio anteriormente sostenido, declarando que el pago del impuesto correspondía a la entidad bancaria que otorga el préstamo hipotecario, y no al comprador de la vivienda como anteriormente se venía entendiendo. La comunicación pública por el Presidente de la Sala de su decisión de avocar al Pleno otros recursos planteados en términos análogos con el fin de revisar ese giro jurisprudencial fue seguida de una encendida controversia mediática y política, y cristalizó en una seria división del propio Tribunal, que se manifestó en términos inusualmente ásperos en la Sentencia de 27 de noviembre siguiente y en los seis votos particulares, suscritos por un total de doce Magistrados, que la acompañaban.

El Fiscal no era parte en dichos procedimientos, pero a raíz de la propagación pública de la controversia una asociación de usuarios se dirigió a la Fiscalía General del Estado instando nuestra intervención en los asuntos en trámite –es decir, los que habían sido avocados al Pleno–, en apoyo naturalmente de la tesis sostenida por la parte recurrente y acogida en las sentencias dictadas por la Sección Segunda. Tras examinar la petición, esta Fiscalía comunicó a la entidad solicitante los motivos por los que no procedía llevar a cabo la actuación solicitada: *i*) porque no constaba en modo alguno que los recursos pendientes hubieran sido interpuestos por asociaciones o grupos de afectados (en realidad el recurrente era un Ayuntamiento), de modo que no concurría el supuesto de legitimación procesal del Fiscal previsto en el art. 15 LEC; *ii*) porque resulta más que dudoso que el Fiscal –o cualquier otro legitimado– pueda comparecer directamente en un recurso de casación interpuesto en un procedimiento en cuya instancia no ha sido parte; y *iii*) porque, precisamente atendiendo a este último aspecto procesal, lo procedente en rigor habría sido –de darse un supuesto de legitimación legal de la Fiscalía– instar la nulidad total de actuaciones con retroacción a la primera instancia, para permitir ejercitar al Fiscal su legitimación, lo que habría comportado, en el improbable caso de que la Sala accediera a ello, un retraso de meses en la resolución definitiva del problema, cuando ya en ese momento se estaba viviendo una tensa espera en el mercado hipotecario que había llegado incluso a paralizar la contratación de hipotecas hasta conocer el criterio definitivo de la Sala. A todo lo que además cabía añadir que, al no ser parte en los citados procedimientos, hasta ese momento la Fiscalía no había estudiado en profundidad la cuestión, por lo que nada permitía presumir –como pretendían y parecían presuponer los solicitantes– que un análisis jurídicamente imparcial del problema condujera forzosamente

al Ministerio Público a sostener el criterio de que el obligado al pago era el banco prestamista, lo que, en el contexto procesal concreto que estaba planteado, habría generado una complicación aún mayor del problema. Por consiguiente, razones de estricta legalidad abonadas por consideraciones de eficaz y responsable tutela del interés general impedirían la intervención solicitada. Como es sabido, en la citada sentencia de 27 de noviembre la mayoría del Pleno de la Sala se inclinó por volver a la tesis tradicional que consideraba obligado al pago al comprador, pero la controversia fue finalmente zanjada en sede político-legislativa, mediante Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, *por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*, atribuyendo expresamente en estos supuestos la condición de sujeto pasivo del impuesto al prestamista.

#### c) *Error judicial*

En el ámbito de los procedimientos de error judicial hay que mencionar la discrepancia suscitada por esta Sección frente al (nuevo) criterio de la Sala Especial del art. 61 LOPJ, competente para conocer en caso de error atribuido a una de las Salas del Tribunal Supremo, al hilo de la decisión del Secretario de Gobierno de no conferir traslado al Ministerio Fiscal en esta clase de procedimientos de las alegaciones de las partes ni del informe preceptivo que ha de emitir el Tribunal sentenciador. La Fiscalía recurrió dicha decisión y la impugnación fue parcialmente estimada, en cuanto a la pretensión de que el traslado a la Fiscalía tenga lugar una vez emitidas las alegaciones de las partes, pero no en cuanto a la necesidad de que ya conste en autos el informe del órgano al que se imputa el error. Es muy significativo, en todo caso, que el Decreto por el que se estimó parcialmente el recurso no mencionase siquiera el art. 3 *in fine* EOMF, que fue la norma (con pleno rango de ley y vinculante por tanto para todos) en la que se apoyaba la pretensión: «*la intervención del fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en último lugar*».

#### d) *Recurso de revisión*

La última referencia singular a asuntos concretos corresponde brevemente al recurso de revisión que, en la línea promovida por el Fis-

cal, terminaría siendo estimado por sentencia de 19 de febrero de 2019. Su única peculiaridad (aparte de lo inhabitual que en sí misma resulta la estimación de un recurso de revisión) es que se trata del primer caso de aplicación del art. 102.2. LJCA introducido por LO 7/2015, que incluye como supuesto de revisión de sentencia firme el hecho de haberse declarado por el TEDH la existencia de una violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH.

#### e) *Cuestiones de inconstitucionalidad*

De especial interés fue la cuestión de inconstitucionalidad planteada a raíz del recurso interpuesto por un Magistrado que, tras cumplir una sanción de suspensión, le había sido denegada por el CGPJ la reincorporación a la función judicial en aplicación del art. 367 LOPJ, que condicionaba el reingreso a «*la previa declaración de aptitud por el Consejo General del Poder Judicial*». Planteó la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con el apoyo de esta Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía, la cuestión relativa a la posible inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del precepto legal, con infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en relación con la reserva de ley orgánica (arts. 117.2 y 122.2 CE) y la garantía de inamovilidad judicial (art. 117.1 y 2 CE), por el hecho de no concretar la norma cuáles eran las condiciones y requisitos determinantes de la expresada *aptitud*, y por tanto los elementos en cuya virtud podría el CGPJ privar del ejercicio de su potestad jurisdiccional a un miembro del Poder Judicial que ya ha extinguido su responsabilidad penal o disciplinaria. La STC 135/2018, de 13 de diciembre estimó la cuestión y declaró inconstitucional el precepto legal controvertido, acogiendo los argumentos del Tribunal Supremo que esta Sección había considerado aptos para justificar el planteamiento de dicha cuestión.

#### 1.3.5 PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA EN RELACIÓN CON LOS DICTÁMENES DE LA FISCALÍA

En 2018 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo notificó a la Fiscalía, a través de esta Sección, un total de 346 resoluciones (22 más que el año anterior, lo que supone un incremento similar al ya producido entonces –24– respecto del ejercicio precedente). De ellas, 169 en materia de derechos fundamentales y el resto en procedimientos ordinarios. Del total de esas 346 resoluciones, 133 fue-

ron autos, y 91 sentencias, lo que también arroja proporciones sustancialmente similares a las observadas en los datos de años anteriores.

Por lo que se refiere a los porcentajes de conformidad con la posición de la Fiscalía, el 91,6 % de las resoluciones notificadas (un 1,5 % más que el año pasado) coincidieron plenamente con las pretensiones del Ministerio Público, cifra que se eleva al 92,75 % si se suman los casos de conformidad parcial, en términos muy similares a los del anterior ejercicio (92,9 %). Concentrando la atención en las sentencias, fueron totalmente conformes (no hay ningún supuesto de conformidad parcial) 81 de las 91 sentencias notificadas, es decir, el 89,01 %, frente al 90,81 % del año anterior. Lo que en resumen muestra una altísima cifra de aceptación de las posiciones del Fiscal, que además se mantiene muy estable en el tiempo.

### 1.3.6 ACTIVIDADES EN EL ÁMBITO DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Sin duda alguna el hito más relevante en el marco de la función del Fiscal de Sala Delegado para la materia contencioso-administrativa ha venido dado, este año, por la conclusión de los trabajos y elevación al Fiscal General del Estado al amparo de lo previsto en la Instrucción 1/2015 de la Fiscalía General del Estado, del proyecto de Circular sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación, de cuya elaboración a partir de las conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en la materia celebradas en 2016 ya se dio cuenta en la Memoria anterior. El largo tránsito de su estudio final por la Secretaría Técnica y su inclusión en el orden del día de la Junta de Fiscales de Sala, debido a la notoria sucesión de relevos en el cargo de Fiscal General del Estado durante este período, concluyó felizmente en marzo de 2019. La Circular traslada a los Fiscales y al conjunto de la comunidad jurídica una profunda reconsideración del papel que, frente a la original concepción de la ley preconstitucional de 1954 que sigue vigente, debe corresponder al Fiscal en esta clase de procedimientos administrativos, con la perspectiva centrada en la función de tutela de los derechos de los ciudadanos. Se trata, por cierto, al margen de su contenido, de la primera Circular publicada por la Fiscalía General del Estado en materia contencioso-administrativa desde la que, en 1998, hace veinte años, se dedicó a la entrada en vigor de la «nueva» LJCA.

Por lo demás, las actividades de coordinación del Fiscal de Sala se han seguido concentrando en la primordial tarea de ofrecer apoyo directo e inmediato a los Fiscales de la red que, en su quehacer coti-



diano, se enfrentan a cuestiones novedosas o complejas cuyo análisis sujeto a la presión de los plazos y con frecuencia a la acumulación de tareas en diversos ámbitos de la actividad de la Fiscalía, requiere el apoyo de referentes jurisprudenciales, información sobre la posible existencia de precedentes en otros órganos del Ministerio Fiscal o, simplemente, una segunda opinión sobre la decisión que ha de adoptarse.

Al margen de ello, las Jornadas de Fiscales especialistas (jornada única, en este caso) celebradas en la sede de la Fiscalía General el 15 de noviembre de 2018, aparte de servir de carta de presentación del cuasi-definitivo texto de la Circular reseñada, se centraron específicamente en los serios problemas que, a juzgar por las observaciones vertidas por buena parte de los Fiscales de la especialidad, plantean y/o pueden llegar a plantear las autorizaciones para entrada en domicilio y lugar cerrado para las que la LCJA declara competentes a los Jueces de lo Contencioso-Administrativo. La utilización de este procedimiento (que en realidad no es tal, puesto que se trata de una mera norma de competencia judicial prevista en el art. 8.6 LJCA) para «ejecutar actos de la administración pública» –como dice el precepto– que en realidad encierran intervenciones complejas, por ejemplo, la práctica de diligencias de investigación en expedientes sancionadores, incluyendo la ocupación de documentación y materiales que pueden constituir material probatorio en dicho ámbito sancionador, pero también en un proceso penal, suscita muy serias dudas de orden procesal en relación con el juego de las garantías del art. 24 CE. Por ello las conclusiones de dichas Jornadas incluyen la decisión de iniciar un estudio de las distintas implicaciones del problema.

## 1.4 Sección de lo Social

Estadística correspondiente al año 2018:

Entradas de asuntos	
Unificación de doctrina . . . . .	4.505
Casaciones . . . . .	245
Revisiones . . . . .	34
Error judicial . . . . .	12
Asuntos vueltos . . . . .	367
Art. 42 LOPJ . . . . .	2
Justicia gratuita . . . . .	5
Preparados . . . . .	4
Total . . . . .	5.174
Por dictámenes	
Inadmisiones . . . . .	3.752
Admisiones . . . . .	33
Improcedentes . . . . .	484
Procedentes . . . . .	351
Nulidades . . . . .	24
No nulidades . . . . .	52
Desestimaciones. . . . .	254
Estimaciones . . . . .	81
Otros. . . . .	143
Total . . . . .	5.174

### 1.4.1 EXAMEN COMPARATIVO DE LAS ESTADÍSTICAS 2017-2018

El examen comparativo entre la estadística del año 2017 y la correspondiente al año 2018 pone de manifiesto que la entrada de asuntos en la Fiscalía se ha mantenido estable (de 5224 a 5174 asuntos), pero esta cifra no responde realmente a la entrada de asuntos en la Sala IV.

En efecto, durante 2018 la cifra de recursos de casación es similar a la de 2017, pero ha aumentado considerablemente la entrada de recursos de casación para la unificación de doctrina (de 5076 a 5510), lo que sin duda tiene que suponer, una vez se establezca la plantilla de

Magistrados y el Gabinete Técnico, que deberá darse salida en el año 2019 a esta acumulación de asuntos aún no resueltos.

#### 1.4.2 COORDINACIÓN CON LOS FISCALES ESPECIALISTAS ANTE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

En el año 2018 se celebraron las Jornadas de Especialista en la sede de la Fiscalía General del Estado.

Bajo el título «*Las leyes laborales y la sociedad*» las jornadas pretendieron exponer y sugerir un debate acerca de las modificaciones llevadas a cabo en el Estatuto de los Trabajadores y el resto del ordenamiento jurídico laboral y las consecuencias que han producido en el seno de la sociedad española y en particular en la vida de los asalariados; para ello se estructuró en un triple campo de exposición y debate.

De una parte, el examen de los efectos y la respuesta que se ha dado a las reformas por parte del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; de otra parte, una aproximación crítica de dichas reformas desde un punto de vista sociológico, contando para ello con la intervención del Director del Área de Estudios y Proyectos de la Fundación 1.º de Mayo, aparte de proyectar la película *Las Nieves del Kilimanjaro*, en donde se plantea un conflicto social, laboral, penal y de protección de menores.

Como colofón se contó con la participación del catedrático de literatura española Luis García Montero, conocido escritor y poeta, que reflexionó sobre la relación entre el mundo del trabajo y la literatura y dio lugar a un interesante coloquio con gran participación e interés por parte de los fiscales asistentes, así como aquellas otras personas, magistrados y funcionarios que, atraídos por la figura del ponente, asistieron a su charla.

Por otro lado, debe indicarse que se han continuado remitiendo desde la Fiscalía del TS las sentencias y autos dictados por la Sala IV y la Sala Especial del art. 42 del TS, que se valora puedan resultar de interés a los fiscales especialistas.

#### 1.4.3 SENTENCIAS DE ESPECIAL TRASCENDENCIA

Por fin el TJUE dictó sentencia el 21 de noviembre de 2018 resolviendo las nuevas decisiones prejudiciales planteadas esta vez por la Sala IV del Tribunal Supremo en el asunto *De Diego Porras* (C– 619/17).

Dicha sentencia declara: primero, que no se opone a la cláusula cuarta del Anexo de la Directiva 1999/70/CE la normativa española que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con con-

tratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad, al vencer el término por el que esos contratos se celebraron; segundo, que tampoco se opone a la cláusula quinta de dicha Directiva la falta de indemnización por la extinción del contrato de interinidad si existiera en la normativa española medidas eficaces para prevenir y sancionar los abusos, lo que corresponde valorar a los tribunales españoles.

Con esta sentencia podría valorarse que el caos causado por la anterior sentencia de 14 de septiembre de 2016 en la normativa española reguladora de la extinción de los contratos laborales por la variopinta interpretación que realizaron los órganos judiciales españoles ha concluido, pero se ha abierto un nuevo frente, ahora derivado de la STJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) según la cual incumbe a los órganos judiciales españoles examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización de un contrato de interinidad y de su duración –al depender en la Administración Pública la convocatoria de plazas vacantes– si esta es inusualmente larga, si ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.

## 1.5 Fiscalía Togada de lo Militar

Como cada año, la Fiscalía Togada eleva al Fiscal General del Estado la Memoria comprensiva de la actividad de la Jurisdicción Militar, documento que incluye valiosa información acerca de la evolución de dicha actividad en todo el territorio nacional. Los datos que se recogen a continuación se refieren única y exclusivamente a la Fiscalía Togada propiamente dicha. La actividad de las Fiscalías Jurídico-militares se encuentra recogida en la Memoria anual elevada por la Fiscalía Togada al Fiscal General del Estado.

### 1.5.1 ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA TOGADA

En total, durante el año 2018, han tenido entrada en esta Fiscalía Togada 1.544 asuntos procedentes de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de otros Organismos y de información al ciudadano, evacuándose en cada caso el trámite oportuno.

Los escritos e informes despachados por la Fiscalía Togada pueden clasificarse del siguiente modo:

#### 1.5.1.1 Asuntos ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo

A) Orden penal	82
– Informes emitidos en recursos de casación . . . . .	79
– Informes emitidos en incidentes de nulidad . . . . .	2
– Informes emitidos en recursos de revisión . . . . .	1
B) Orden contencioso-disciplinario militar	25
– Informes emitidos en recursos de casación . . . . .	24
– Informes emitidos sobre competencia . . . . .	1

#### 1.5.1.2 Asuntos ante otras Salas del Tribunal Supremo

Durante el año 2018 no se ha emitido informe alguno dirigido a otras Salas del Tribunal Supremo.

#### 1.5.1.3 Relaciones con las Fiscalías del Tribunal Militar Central, Tribunales Territoriales, otros organismos e información al ciudadano

Informes, comunicaciones, consultas, y otros escritos . . . . .	1.727
---	-------

#### 1.5.1.4 Recursos de casación interpuestos ante la Sala Quinta

#### 1.5.1.4.1 Orden Penal

Total . . . . .	67
Preparados por el Fiscal . . . . .	15
Preparados por la Acusación Particular . . . . .	15
Preparados por la Defensa . . . . .	37

#### – Recursos desglosados por delitos (\*)

Art.	Código Penal Militar 1985	N.º
101	Insulto a superior (Coacciones, amenazas e injurias) . . . . .	1
102	Desobediencia órdenes relativas al servicio de armas . . . . .	1
103	Abuso de autoridad . . . . .	2
104	Abuso de autoridad ( Maltrato de obra) . . . . .	3
106	Abuso de autoridad (Trato degradante) . . . . .	6
115	Deslealtad. . . . .	1
138	Extralimitación en el ejercicio del mando . . . . .	5
181	Contra la Administración de Justicia Militar. . . . .	1
195/196	Contra la Hacienda en el ámbito militar . . . . .	3
	Total . . . . .	23

Art.	Código Penal Militar 2015	N.º
27	Atentados contra los medios o recursos de la Seguridad o Defensa Nacional . . . . .	1
36	Ultrajes a España e injurias a la organización militar . . . . .	1
42-43	Insulto a superior . . . . .	3
45-48	Abuso de autoridad . . . . .	9
49-50	Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares . . . . .	4
55	Deslealtad. . . . .	2
56	Abandono de destino o residencia . . . . .	2
59	Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio. . . . .	1
65	Extralimitaciones en el ejercicio del mando . . . . .	2
67	Abandono de servicio . . . . .	2
70	Embriaguez e intoxicación por drogas tóxicas en acto de servicio. . . . .	2

Art.	Código Penal Militar 2015	N.º
75	Delitos contra la eficacia del servicio . . . . .	1
81-85	Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar . . . . .	12
	Total . . . . .	42

Art.	Código Penal	N.º
379	Delito contra la seguridad vial . . . . .	1
	Total . . . . .	1

(\*) Algunos Recursos de Casación pueden referirse a varios delitos.

(\*) Algunos Recursos de Casación pueden estar interpuestos por varias partes.

#### 1.5.1.4.2 Principales delitos que son objeto de recurso de casación

Los delitos contra la disciplina (en especial el insulto a superior y el abuso de autoridad) son los que con más frecuencia se han llevado a debate casacional, lo que se confirma la tendencia apreciada en los últimos años. Destacan así los 20 recursos en procedimientos seguidos por delito de abuso de autoridad (maltrato de obra y trato degradante), seguidos por los 5 recursos en procedimientos por delitos de coacciones, amenazas o injurias a superior y desobediencia. Resulta llamativa, como ya se anunció en la anterior memoria, la muy escasa utilización de la vía casacional en relación con las condenas por delito de abandono de destino, otrora protagonista principal de la actividad impugnativa en los cuadros estadísticos, en los que sólo se reseñan 2 recursos por el delito del art. 56 del vigente Código Penal Militar.

#### 1.5.1.4.3 Tiempo medio entre emisión de informe por el Fiscal y la sentencia

De los recursos informados (oposición y/o adhesión) por la Fiscalía Togada en el año 2018, hay 6 en los que aún no se ha dictado sentencia, siendo la media de tiempo transcurrido –en relación con aquellos en los que ya ha habido sentencia– la de 2 meses. El plazo mínimo constatado es el de 26 días y el máximo de 6 meses aproximadamente.

### 1.5.1.5 *Recursos de Casación en el orden contencioso-disciplinario militar*

#### 1.5.1.5.1 Preferentes y sumarios

Preferentes y sumarios . . . . .	10
Preparados por el Fiscal . . . . .	0
Preparados por la Abogacía del Estado . . . . .	0
Preparados por el sancionado. . . . .	10

#### 1.5.1.5.2 Ordinarios \*

Preparados por el demandante y/o Abogado del Estado . . . . .	62
---	----

\* Se significa que en los contenciosos disciplinarios ordinarios el Fiscal no se halla personado, si bien ha intervenido en algunos para informe de competencia o de prejudicialidad penal.

#### 1.5.1.5.3 Recursos contencioso-disciplinarios incoados por la Sala V en primera y única instancia:

Recursos contencioso disciplinarios incoados por la Sala Quinta en primera y única instancia . . . . .	18
--	----

#### 1.5.1.6 *Diligencias de investigación*

Durante el año 2018, al que se contrae la presente Memoria, se abrieron cinco (5) Diligencias de Investigación.

### 1.5.2 CUESTIONES DE MAYOR RELEVANCIA ANALIZADAS POR LA SALA QUINTA Y LA SALA DE CONFLICTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Dentro de aquellos asuntos de mayor interés y relevancia que han sido objeto de tratamiento por la Sala Quinta del Tribunal Supremo durante el año 2018, se reseñan a continuación como más interesantes los siguientes:



### 1.5.2.1 *Sobre derecho transitorio por la entrada en vigor del Código Penal Militar de 2015*

En aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal Militar, la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, al igual que hizo durante el año 2017, ha dictado algunas sentencias en las que analiza comparativamente los Códigos Penales Militares de 1985 (derogado) y 2015 en orden a determinar la norma penal más favorable. De entre ellas destacamos las siguientes:

*La STS 44/18, de 3 de mayo*, que analiza los artículos 104 del CPM 1985 y 46 del CPM 2015, ambos relativos al delito de abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato a un subordinado, y concluye que el derogado CPM 1985 resulta ser el más favorable al reo.

*La STS 76/2018, de 30 de julio*, que en relación al delito contra la eficacia en el servicio (imprudencia no grave con resultado de lesiones graves), previsto en el art. 77. 2.º del CPM 2015, interpreta que este último precepto es norma más favorable que el artículo 159 2.º del Código Penal Militar de 1985.

*La STS 83/2018, de 15 de octubre*, dictada a propósito de un delito de abandono del servicio de armas, en su modalidad de falta de incorporación, previsto y penado en el art. 67.3 del CPM de 2015, en la que la Sala considera que el código actualmente vigente es más favorable que la aplicación del párrafo segundo del art. 102 del CPM de 1985, que sancionaba la desobediencia a órdenes relativas al servicio de armas.

*La STS 99/2018, de 20 de noviembre*, referida a un delito de simulación de enfermedad para eximirse del servicio previsto (falseamiento de fechas de una baja médica), precisa que el CPM de 1985 debe considerarse ley penal más favorable respecto del artículo 59 del CPM de 2015, por cuanto éste último precepto prevé una pena superior tanto en el mínimo como en el máximo.

### 1.5.2.2 *Sobre asuntos relevantes en aplicación del CPM*

*La STS 48/2018, de 17 de mayo*, dictada en relación a un recurso de casación interpuesto contra sentencia condenatoria por delitos contra el patrimonio militar y cohecho, acuerda anular la sentencia y ordena la devolución de las actuaciones para que por el tribunal sentenciador se dé una nueva redacción acorde a las exigencias de moti-

vación fáctica y jurídica que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

*La STS 54/2018, de 20 de junio*, examina un caso de abuso de autoridad continuado del art. 106 del CPM de 1985, en su modalidad de trato degradante de contenido sexual, y otro delito de extralimitación en el ejercicio del mando, previsto en el art. 138 del mismo código, en el que la Sala aborda numerosas cuestiones procesales y de orden constitucional, además de las inherentes a la denuncia de infracción de los preceptos penales.

*La STS 76/2018, de 30 de julio*, en un caso de gran invalidez producida por ahogamiento (buzo de la UME), consideró que el delito contra la eficacia en el servicio (imprudencia no grave con resultado de lesiones graves), previsto en el art. 77. 2.º del CPM 2015, es norma más favorable que el artículo 159 2.º del Código Penal Militar de 1985. Al propio tiempo, la Sala analiza y deslinda los diferentes tipos de imprudencia (grave y no grave) aludidos en esta figura delictiva, realizándose una interesante y exhaustiva enumeración de referentes jurisprudenciales aplicables al caso.

*La STS 82/2018, de 15 de octubre*, en un recurso contra sentencia absolutoria de un militar por delito de ultraje al himno nacional, interpreta que aunque en principio no quepa admitir impugnaciones de quien recibe un pronunciamiento absolutorio, por falta de legitimación, tal principio no rige cuando la decisión recurrida puede originar algún tipo de perjuicio o gravamen para el recurrente, en particular cuando los hechos de la sentencia puedan servir de base a una ulterior resolución disciplinaria.

*La STS 100/2018, de 20 de noviembre*, dictada a propósito de una condena por delito de desobediencia del art. 102 CPM 1985, analiza los requisitos que jurisprudencialmente se han venido exigiendo para delimitar esta figura delictiva, distinguiéndola de la infracción disciplinaria que contempla otras acciones consistentes en la inobservancia y desobediencia de órdenes e instrucciones militares.

### 1.5.2.3 *Sobre inaplicabilidad del CPM 2015 a la Guardia Civil en relación con determinados delitos.*

*La STS 38/2018, de 17 de abril*, confirma que los delitos previstos en el Título V del CPM de 2015 no son de aplicación a los miembros de la Guardia Civil, salvo en los casos expresamente previstos en el apartado 4 del artículo 1 CPM 2015, de modo que desde la entrada en vigor del nuevo CPM ningún miembro del benemérito instituto podrá

ser condenado por un delito contra el patrimonio en el ámbito militar, en circunstancias ordinarias. De todo ello se desprende que la jurisdicción militar carece de competencia para conocer, fuera de los casos establecidos en el apartado 4 del artículo 1 CPM 2015, de las conductas definidas en dicho título, las cuales habrán de perseguirse ante el orden jurisdiccional penal común.

#### 1.5.2.4 *Sobre imposición de costas a la acusación particular recurrente en casación.*

*La STS 33/2018, de 5 de abril*, condena en costas a la acusación particular por considerar que había actuado con temeridad, perturbando con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, reflejando un deseo de ponerlo al servicio de fines distintos de aquellos que justifican su existencia, al mantener una acusación en condiciones insostenibles.

*La STS 74/2018, de 18 de julio*, no obstante, recuerda la doctrina de la Sala y la regla general que deriva del art. 240.3.º LECRIM, cual es la no imposición de las costas a la acusación particular aun cuando la sentencia haya sido absolutoria y resulte contraria a sus pretensiones. De acuerdo con esta doctrina, la excepción es la condena en costas, que se podrá producir cuando esté acreditado que la conducta procesal fue temeraria o se actuó con mala fe a juicio del tribunal, según decisión casuística, motivada e inspirada en el principio de la interpretación restrictiva de ambos conceptos.

#### 1.5.2.5 *Asuntos suscitados ante la Sala de Conflictos de Jurisdicción*

Durante el año 2018 la Sala de Conflictos de Jurisdicción no ha resuelto ningún conflicto jurisdiccional que afecte a la Jurisdicción Militar.