

3. ÁREA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El panorama que describen las Memorias elaboradas por los Fiscales Superiores y Fiscales Jefes de los distintos territorios no aporta novedades sustanciales respecto de los ejercicios anteriores. En general se observa cierta tendencia a la baja en el volumen de actividad, pero la escasa entidad de los datos cuantitativos (al menos en comparación con otros ámbitos de intervención de la Fiscalía) y las agudas fluctuaciones que se registran en algunos supuestos impiden atribuir un valor estadístico preciso a esos datos, más allá de una mera *impresión tendencial*.

Esa impresión resulta particularmente generalizada respecto de los informes sobre competencia y jurisdicción, que, igual que en años anteriores, la práctica totalidad de las Fiscalías coinciden en señalar como su principal foco de dedicación en esta materia contencioso-administrativa. Los Fiscales de Navarra, Aragón, la Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Murcia o Extremadura destacan esa tendencia a la baja, aunque en algún territorio, como Cantabria, se detecta un ligero incremento, en otros como Baleares las cifras se muestran estables, e incluso no faltan situaciones paradójicas, como la de Castilla-León, donde la Fiscalía de la Comunidad Autónoma con sede en Burgos da cuenta de un notable aumento de esta clase de informes, mientras que la Sección radicada en Valladolid refleja el *«menor número de informes de competencia (...) desde que se creó esta sección territorial»*.

El diagnóstico de los motivos determinantes de esta tendencia a la baja también parece coincidir en el sentido que apunta por ejemplo el Fiscal del Navarra: *«lógicamente se va produciendo una cierta estabilidad e incluso lógica disminución en las cuestiones de competencia que se plantean a medida que existen unos criterios estables o consolidados por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal Superior, especialmente sobre determinadas cuestiones que se consideraban especialmente conflictivas y que daban lugar a que se plantease un mayor número de cuestiones de este tipo. (...)»*

Sin embargo, pese a esa progresiva estabilización de la materia competencial, no faltan observaciones acerca del elevado el número de casos en que las Salas de los TSJ se siguen cuestionando su propia competencia. El Fiscal de Castilla-La Mancha indica, reproduciendo literalmente en este punto el texto de la Memoria del ejercicio anterior, la razón que a su juicio explica este fenómeno: *«sin duda obedece a los peculiares criterios que al respecto establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, a diferencia de lo que, con carácter*

general, sucede en los órdenes civil, penal y social, prevé un criterio de distribución de competencias eminentemente vertical, en cuya virtud las distintas materias propias del orden contencioso-administrativo se reparten entre los juzgados y tribunales que lo integran en atención a la jerarquía del acto, conforme a la cual la actuación de las más altas instancias administrativas ha de ser enjuiciada por los más altos órganos judiciales, y de ahí hacia abajo de manera escalonada. Además, junto a ese criterio principal, concurren otros criterios secundarios de reparto de la competencia en atención a la materia que es objeto de recurso y a la cuantía de la pretensión deducida, sistema, ciertamente complejo, que ha merecido fundadas críticas de la doctrina y que, en su aplicación práctica, suscita serias dudas, reforzadas, si cabe, por el hecho de que con indeseable frecuencia el propio órgano administrativo indica erróneamente al destinatario de la resolución el juzgado o tribunal ante el que, en caso de disconformidad, puede interponer recurso contencioso-administrativo».

El segundo núcleo de atención para las Secciones –donde existen– y los fiscales especialistas (o *especializados*) en el orden contencioso es, evidentemente, el de los derechos fundamentales. La preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento especial que regulan los arts. 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa genera en la práctica totalidad de las Fiscalías, cifras muy inferiores a las de los dictámenes sobre competencia y jurisdicción. Pero como advierte el Fiscal Superior de Andalucía, «*si bien su número es notablemente inferior a los de competencia, la frialdad de los datos estadísticos puede deparar una errónea apreciación de la labor realizada por el Ministerio Fiscal, plasmada en los diferentes escritos aportados durante la tramitación de estos procedimientos, en ocasiones de compleja calificación técnica, ya que es en este ámbito procesal donde el Ministerio Fiscal desarrolla la alta función que le encomienda el artículo 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*».

En efecto, la consulta de la mayor parte de las Memorias, tanto de los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas como de las Fiscalías Provinciales, permite percibir que habitualmente se someten a dictamen del Fiscal, en el seno de este procedimiento especial, cuestiones de gran complejidad técnica o que afectan a intereses especialmente sensibles, en ocasiones relacionadas con un importante número de personas, como sucede por ejemplo con el régimen jurídico de los empleados públicos de las distintas Administraciones, y sobre todo en los procedimientos de selección y promoción, que dan lugar en prácticamente todas las provincias a procedimientos encauzados por esa vía

especial, en los que se esgrime el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, consagrado en el artículo 23 de la Constitución. Aunque tampoco faltan ejemplos de invocación del otro derecho consagrado en ese precepto, es decir, el derecho de participación política, y precisamente por parte de quienes se dedican a esa actividad. Si en 2014 dejábamos constancia de la invocación de este derecho en Gijón, Cantabria, Guadalajara, o la Comunidad Valenciana, en 2015 el Fiscal cántabro vuelve a dar cuenta de un supuesto de *«negación al grupo político de la oposición del uso de los locales de un Ayuntamiento, así como también la invocación del derecho del Alcalde-Presidente de otro consistorio, en cuanto a ejercer la plenitud de las atribuciones de su cargo»*.

Junto a estos casos, en términos generales los derechos fundamentales que más frecuentemente constituyen el objeto de esta clase de procedimientos especiales son el derecho a la igualdad (art. 14), el de tutela judicial efectiva (art. 24), así como la libertad sindical o huelga (art. 28), materia ésta en que no siempre resulta fácil (en las Memorias de Castilla-La Mancha, Valencia o Málaga se ofrece algún ejemplo) precisar y aplicar los criterios –hay que decir que no siempre claros y uniformes– que la Jurisdicción viene decantando en relación con la proporcionalidad y justificación de los servicios mínimos que fijan las Administraciones Públicas, foco principal de conflictividad en este ámbito.

Y por supuesto son de obligada cita los derechos de reunión y manifestación, con las especialidades procesales que la ley establece para estos últimos supuestos, en especial en materia de celeridad, oralidad y limitación de recursos, lo que hace que la responsabilidad asumida por el Fiscal en la instancia resulte especialmente relevante. Con todo, la litigiosidad en este último terreno resulta escasa, si se compara con las cifras globales conocidas en las que se traduce el ejercicio de estos derechos fundamentales. El Fiscal de Navarra pone un ejemplo muy llamativo, fruto de este cotejo de datos: *«con relación a los recursos interpuestos por razón del derecho de reunión, señalar que solo se han interpuesto dos a lo largo del año 2015, si bien en el año 2014 no se llegó a incoar ninguno y en el año 2013 fueron 11 los incoados. En su conjunto se puede considerar que son pocos los interpuestos en esta materia si tenemos en cuenta que en Navarra en el año 2015 se celebraron un total de 2.769 manifestaciones, incluyendo en ese número las prohibidas y que no obstante se celebraron. El total de las movilizaciones prohibidas por la autoridad gubernativa fueron 39 y frente a esas prohibiciones, solo se recurrieron en vía contenciosa, como hemos indicado, dos»*. En la medida

en que esa percepción pueda entenderse extrapolable a otros territorios (y realmente no hay ninguna Fiscalía que ponga el acento en una especial litigiosidad en este punto) parece razonable concluir que en general estos derechos primordiales de expresión pública se desenvuelven, al menos en el ámbito del control administrativo y judicial, con un amplio margen de flexibilidad y libertad de ejercicio. Cuyos límites, no obstante, también son ocasionalmente objeto de una necesaria concreción, que en ocasiones tiene que ver con nuevas formas de movilización política o ciudadana.

Es reseñable en este sentido, por ejemplo, la mención que hace el Fiscal de Extremadura a dos procedimientos en los que la convocatoria de reunión o manifestación incluía una concentración ante el domicilio particular del Presidente de la Comunidad Autónoma. La decisión de la Delegación del Gobierno de modificar el itinerario fue recurrida, y el Fiscal informó, citando sentencias de los TSJ del País Vasco y Aragón, que *«el lema de la convocatoria estaba relacionado con las consecuencias de la crisis económica y resultaba adecuado que se quisiera hacer llegar al presidente del ejecutivo regional, pero no había motivo para que tuviese que ser precisamente en su domicilio situado además en las afueras de la ciudad. Otra cosa es que se hubiese propuesto en lugares de trascendencia pública y política donde trabaja o desempeña sus funciones: Presidencia de la Junta o Asamblea de Extremadura»*, porque *«el derecho de reunión no solo debe ceder ante el riesgo fundado de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, sino también ante la colisión con otros derechos constitucionalmente relevantes, como son en el presente caso la intimidad personal y familiar y la dignidad de la persona, más incluso que la inviolabilidad del domicilio o el derecho al honor»*.

Un fenómeno similar de escasa litigiosidad en relación con el ámbito potencial de conflicto es el que se produce en materia electoral. Como recuerdan varios Fiscales, en 2015 se celebraron dos procesos electorales (elecciones municipales –y en su caso autonómicas– en mayo, y elecciones generales en diciembre), sin que, especialmente en relación con las elecciones locales, que suponen la concurrencia de un elevadísimo número de candidaturas, y la especial complejidad del subsiguiente escrutinio, las cifras de recursos en los que ha intervenido el Fiscal reflejen en absoluto la magnitud de ese complejo procedimiento. De entre las Memorias de los Fiscales que ofrecen datos concretos sobre esta materia cabe destacar que en Navarra solo hubo un recurso, 3 en Castilla-La Mancha, 6 en Cantabria, 13 en Aragón, 6 en Canarias, 18 en la Comunidad Valenciana, 7 en Cataluña, 1 en Murcia,

12 en Extremadura y 8 en Andalucía. Del mismo modo que apuntábamos en relación con los derechos de manifestación y reunión, parece que el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, no presenta, afortunadamente, especial conflictividad en nuestro país.

En otro orden de cosas, una materia en que la intervención del Fiscal pasa relativamente inadvertida y sin embargo tiene una importancia notable, tanto en el aspecto cualitativo como en el cuantitativo, es la de la autorización judicial de entradas en domicilios o lugares cerrados que corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 8.6. LJCA). En la Memoria del año pasado se recordaba –y en ello insiste el Fiscal de Ciudad Real– que *«la intervención del Ministerio Fiscal no está expresamente prevista en esos procedimientos»*, si bien *«el hecho de que pueda verse afectado el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución (inviolabilidad del domicilio) ha aconsejado despachar los traslados conferidos para informe del Fiscal por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo»*. También se daba cuenta de que la Fiscalía de Palencia ponía de manifiesto la dificultad de hacer efectivo ese control si la intervención que el Juzgado daba al Fiscal se limitaba a notificarle la resolución de autorización una vez adoptada, en lugar de conferirle traslado para alegaciones antes de dictarla, aunque en su Memoria de este año refleja que *«esta tendencia se está corrigiendo»*. Ahora es la Fiscal de Sevilla quien se lamenta de que ese traslado al Fiscal *«no sea una práctica procesal extendida a todos los Juzgados de lo contencioso-administrativo, ya que la ley no exige esa garantía añadida a la vulneración legal de la inviolabilidad del domicilio y mientras unos Juzgados dan trámite al Fiscal sobre la legalidad y la proporcionalidad de la medida, otros lo no requieren»*. Cabe insistir por tanto en la conveniencia de una reforma legal, aunque tal vez esta concreta cuestión exige una reflexión más amplia sobre el papel del Fiscal en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que hará una mínima mención al final de estas páginas.

Lo que aquí importa es, sobre todo, dejar constancia de la trascendencia del hecho y de los datos que avalan la preocupación por el irregular –en el sentido de diferente– tratamiento ofrecido por los órganos judiciales a la tutela del derecho a la privacidad del domicilio en este contexto. No se trata de hechos estadísticamente anecdóticos, sino que, bien al contrario, el número de autorizaciones de entrada que reflejan los Fiscales en sus Memorias (y téngase en cuenta que, por las razones que se acaban de exponer, no se corresponde con la cifra total de autorizaciones judiciales) es muy considerable. A título de ejemplo, 84 en Zaragoza, 99 en Huesca, 14 en Teruel, 22 en Tenerife Ila-

mativamente, ninguna en Las Palmas, lo que quizá sea debido a la expuesta diferencia de criterio judicial sobre la intervención del Fiscal-, 170 en la provincia de Valencia (250 en el conjunto de la Comunidad Autónoma), 16 en Bizkaia, 6 en Gipuzkoa, 2 en Araba/Álava, 28 en Granada, 62 en Cádiz, 14 en Jaén, o 5 en Sevilla.

Es preciso reparar, además, en que los objetivos que persiguen las Administraciones Públicas al solicitar al Juez esta clase de autorizaciones son muy variados, de manera que en ocasiones esas solicitudes tienen lugar en el seno de procedimientos que a su vez inciden en otros derechos fundamentales, como por ejemplo sucede con la ejecución de desahucios de viviendas de protección oficial o con creciente frecuencia a juzgar por las informaciones que facilitan las Fiscalías en el caso de las actuaciones de comprobación o inspección en materia tributaria. En este último ámbito, con independencia de la problemática relativa a la ulterior utilización de la documentación obtenida mediante estas entradas (en las que además se autoriza *el registro* del domicilio o lugar cerrado), se dan situaciones singulares como la que expone la Memoria de la Fiscalía de Bizkaia, en la que la Hacienda de la Diputación Foral solicitaba autorización para la entrada en el domicilio de personas jurídicas con el fin de descubrir pruebas sobre un fraude tributario. *«La peculiaridad del caso –narra la Fiscal de Bilbao– residió en que los diversos Juzgados de lo Contencioso Administrativo receptores de las solicitudes se cuestionaron su competencia frente a los Juzgados de Instrucción, al sugerirse en las peticiones de entrada que las defraudaciones tributarias pudieran serlo por más de 120.000 euros por ejercicio, pudiendo existir ilícito penal. El Ministerio Fiscal informó en todos los casos a favor de la competencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo considerando, en síntesis, que la Jurisdicción Penal sólo habría de intervenir ante indicios de delito, cosa que no sucedía en estos casos en los que se desconocía objetivamente la cuota tributaria defraudada –precisamente se querían obtener pruebas para la determinación de dicha cuota– y subjetivamente cualquier dato con relevancia incriminadora. En todos los casos, los Juzgados de este orden contencioso administrativo se consideraron finalmente competentes y accedieron a las peticiones de autorización de entrada en domicilio».*

Conviene en cualquier caso cerrar este capítulo recordando, como hace el Fiscal de Castilla-La Mancha, que las autorizaciones para acceder a viviendas donde se encuentran menores tutelados por las Comunidades Autónomas cuyos progenitores se niegan a entregarlos han dejado de ser competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/15, de 21

de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial. Mediante la introducción de un último inciso en el artículo 91.2 («*salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia*») se reconduce a la Jurisdicción Civil esta actuación judicial.

Son bastantes las Fiscalías que también dan cuenta de la emisión de informes relativos al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, en algún caso en número relativamente importante (6 en Castilla-La Mancha, 5 en Extremadura), aunque por ejemplo la Fiscalía de Barcelona reseña una disminución notable en este apartado, que se concreta en la emisión de un solo dictamen. Y también se reseña (en Barcelona, Tarragona o la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por ejemplo) la existencia de dictámenes relativos al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, materia en la que, como ya se advirtió en el apartado de esta Memoria correspondiente a la actividad de la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, el Fiscal ha visto extraordinariamente reducidas sus posibilidades de intervención tras la reforma de la LOPJ.

A todo lo expuesto parece conveniente agregar dos reflexiones.

La primera ha de dedicarse a la peculiar –por anómala y preocupante– situación planteada en el ámbito administrativo en la Comunidad Autónoma de Cataluña, a raíz de la denominada *Declaración de soberanía* aprobada por el Parlamento de dicha Comunidad y luego anulada por el Tribunal Constitucional. Para apreciar la entidad del problema, es mejor reproducir las palabras de la Fiscal Jefe de Barcelona, en relación con un caso concreto: «*La Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (...), acordaba en su punto noveno que «el Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalitat deben hacer partícipes activos de todo este proceso al mundo local y al máximo de fuerzas políticas, agentes económicos y sociales, y entidades culturales y cívicas de Cataluña, y han de concretar los mecanismos que garanticen este principio. El Parlamento de Cataluña alienta a todos los ciudadanos y ciudadanas a ser protagonistas activos del proceso democrático de ejercicio del derecho a decidir del pueblo de Cataluña». No resulta ocioso recordar que la resolución núm. 5/X fue declarada inconstitucional en STC 42/2014, de 25 de marzo.*

El Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña ha sido una de esas instituciones públicas participantes a través del acuerdo adoptado por su Junta de Gobierno el 14.10.2013, que contó con el voto

favorable del Decano del Colegio de Abogados de Barcelona. Por él, dicha Corporación se adhiere a la Resolución 125/X del Parlamento de Cataluña de fecha 08.05.2013, que creó la «Comisión de Estudio del Derecho a Decidir» (...). Esta especie de órgano consultivo de la Asamblea Legislativa, tiene el objetivo confesado de estudiar e impulsar las iniciativas políticas y legislativas que el Parlamento adopte, en relación con el que denominan proceso de transición nacional, así como el análisis de todas las alternativas que permitan su efectividad, para llevar a término la Resolución 5/X, y la resolución 17/X, sobre el inicio de un diálogo con el Gobierno central para posibilitar una consulta sobre el futuro de Cataluña.

Esta resolución fue recurrida por un grupo de abogados disidentes con la línea oficial de la Junta de Gobierno del Colegio de Barcelona. El recurso fue interpuesto a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, porque consideraban vulnerados sus derechos a la libertad ideológica y de conciencia (art. 16.1 CE), a la libertad de expresión (art. 20.1 a CE), libertad de asociación (art. 22 CE) y el derecho de participación política (art. 23.1 CE).

Parte el recurso, al que se adhirió la Fiscalía, de una premisa: Si los Colegios profesionales exigen la adscripción obligatoria porque concurren intereses superiores –imposición legal que «sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público» (STC 194/1998)–, es evidente que tales intereses concurrirán cuando los colegios cumplen los fines legales para los que han sido creados.

En el referido recurso, seguido en el Juzgado Contencioso Administrativo de los de Barcelona, recayó sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, desestimando la demanda por no considerar vulnerados los derechos fundamentales alegados. La Sentencia ha sido recurrida en apelación por la parte actora, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJC y al recurso se adhirió el Fiscal».

No parece necesario añadir ningún comentario.

La segunda reflexión, que tampoco requiere de más comentario a la vista de los datos ofrecidos en esta Memoria, se toma de la del Fiscal de la Rioja. Se refiere a la legitimación del Fiscal en materia urbanística, pero podría extenderse a todas otras materias en que están en juego intereses generales o derechos fundamentales no específicamente canalizados por la vía del procedimiento especial. Y también guarda relación con lo expuesto al reseñar, en el apartado correspondiente a la Fiscalía del Tribunal Supremo, en relación con la actuación

de las Fiscalías de Murcia y la Audiencia Nacional en el expediente de la obras del AVE en dicha provincia. Dice el Fiscal de la Rioja:

«Existe una reticencia, a menudo sorda, pero cada vez más audible, a que el Fiscal intervenga en cualquier procedimiento contencioso-administrativo; su intervención se limita, en la práctica, al procedimiento de protección de los derechos fundamentales (y cuídese el Fiscal de entrar directamente en el fondo de la cuestión, obviando los aspectos formales del proceso, que serán los que primero tenga en cuenta el Juzgado o Tribunal para resolver el pleito). (...)

Aun cuando la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no contemplara (ni contempla) otra legitimación activa del Fiscal que la señalada en los casos en que una Ley lo establezca, se entendía que, por analogía con la acción popular (que es pública en materia de urbanismo), el Fiscal podía tener legitimación en aquellos procesos en que asimismo se reconociera una acción pública (supuestos legales que coinciden, básicamente, con aquéllos en que se confiere legitimación al Fiscal –patrimonio histórico, protección de parques naturales, etc.–); con la significativa excepción de la materia urbanística, en que el legislador nunca ha querido que el Fiscal tenga legitimación.

Se recordaba, como singular disposición, lo establecido en el artículo 74.3 LJCA, en cuya virtud la acción popular, legitimada en casos de urbanismo, sólo podía desistir del proceso entablado si el Fiscal (que no era parte en el mismo) prestare su conformidad a ello; porque, en caso de apreciar daño para el interés público, el Fiscal (que seguía sin ser parte) daría cuenta al Juez o Tribunal, que resolvería lo procedente; no tenía ni tiene sentido que el Fiscal no pudiera ser parte en supuestos de esta naturaleza.

Las tentativas de participación en este ámbito han recibido la desconfiada respuesta de los Tribunales; y últimamente hasta el Tribunal Supremo ha introducido una significativa restricción en la legitimación del Fiscal en los casos en que la Ley expresamente se la reconoce (vide la Disposición Adicional Octava, número 1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental), constriñéndose su posición de parte a la impugnación de los aspectos materiales de la actuación recurrida.

En esta desconfianza hacia la intervención del Ministerio Fiscal subyace, al cabo, la consideración del contencioso-administrativo como un pleito entre partes, una de las cuales es la Administración Pública.

Se trata, en suma, de una modalidad especial de controversia, análoga al procedimiento civil.

Se pierde, con ello, la visión del procedimiento contencioso-administrativo como un instrumento de depuración de la actuación ilegal o arbitraria de la Administración, que actúa siempre en el tráfico jurídico desde una posición de supremacía (...).»