

## 5. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### **Propuesta de reforma del modelo de legitimación del Fiscal en el proceso contencioso-administrativo (art. 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio)**

Ya en la Memoria del pasado año quedó constancia del notable impacto que la reforma legal llevada a cabo por L. O. 7/2015, de 21 de julio, había producido sobre el ámbito de actividad procesal del Ministerio Fiscal, y en particular de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Dando aquí por reiterado cuanto en aquella ocasión se argumentaba al respecto y se repite en la presente Memoria, conviene no obstante recordar, en primer lugar, que la introducción de un nuevo artículo 4 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el fin de regular el incidente de planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 TFUE), ha supuesto la exclusión del Fiscal de este tipo de incidentes, poniendo fin a la pacífica práctica anterior basada en la aplicación analógica del art. 35 LOTC, que como es sabido prevé la intervención sistemática del Ministerio Público en la cuestión de inconstitucionalidad. De esta manera, pese a las observaciones formuladas por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal en sus respectivos informes al Anteproyecto, la Ley prescinde del Fiscal, y por tanto de su función constitucional de defensa de la legalidad, a la hora de analizar eventuales dudas –de legalidad, precisamente– sobre la adecuación de las normas nacionales al Derecho de la Unión. Excepción hecha, claro está, de los casos en que la Fiscalía sea propiamente parte legitimada en el proceso principal, incluidos aquellos supuestos en que se pueda deducir tal legitimación del art. 11.5 LEC, en materia de tutela de los derechos de consumidores y usuarios, según la interpretación que propugna la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 7 de enero *sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas*, que como se apunta en esta Memoria parece haber sido acogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

También conviene subrayar que si bien esta reforma legal afecta a todos los órdenes jurisdiccionales, la expulsión del Fiscal como órgano dictaminador cobra especial relevancia en el ámbito contencioso-administrativo, como queda demostrado –y a ellas cabe remitir– en las referencias que las Memorias de los últimos años, incluido este, realizan no solo al número, sino sobre todo a la extrema complejidad y la muy relevante importancia jurídica, económica y social de las

cuestiones sobre las que esta institución ha tenido ocasión de pronunciarse en el marco de las citadas cuestiones prejudiciales.

En segundo lugar, y ya en el específico ámbito de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la profunda reforma del modelo casacional llevada a cabo por la misma LO 7/2015 ha supuesto la desaparición del recurso de casación en interés de la ley. El cambio es razonable, habida cuenta de que la configuración del nuevo sistema en torno al concepto de interés casacional objetivo justamente centra la casación en su función hermenéutica y nomofiláctica, incorporando en cierto modo el interés de la ley a la propia esencia del modelo. Pero precisamente por eso resulta llamativo, si no paradójico, que no se haya previsto en el nuevo texto legal ninguna vía procesal que permita mantener e incluso potenciar la participación del Fiscal en esa sustancial tarea, inherente a su misión constitucional, de fijación de los términos en que ha de quedar asegurada la efectiva vigencia de la ley. Al contrario, fuera de los supuestos en que la Fiscalía actúa como parte estrictamente legitimada *ad causam*, el absoluto silencio de la norma reformada cierra la puerta a cualquier intervención del Ministerio Público en ese terreno específico de la defensa de la legalidad, ya que su presencia en el proceso contencioso-administrativo ha de ceñirse a *intervenir en los procesos que determine la Ley*, según el art. 19.1.f) LJCA, y aún más concretamente a *defender (...) la legalidad en los procesos contencioso-administrativos (...) que prevén su intervención* (art. 3.14 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Estas decisiones legislativas, carentes por otra parte de toda explicación en el preámbulo de la referida Ley Orgánica 7/2015, resultan en consecuencia difícilmente comprensibles desde la perspectiva de la posición y la misión constitucional del Fiscal, sin que, en particular, puedan justificarse –como ya se decía en la Memoria anterior– por el hecho de que en el proceso contencioso-administrativo siempre sea parte una Administración Pública, que por esencia ya defiende los intereses generales. Otorgar el valor de norma autocumplida al art. 103 CE (que como es sabido impone a las Administraciones la obligación de servir con objetividad a dichos intereses), no solo permitiría, por la vía de reducción al absurdo, considerar también prescindible el propio proceso contencioso administrativo, sino que, en el plano de un análisis jurídicamente riguroso, implica olvidar que en su condición de parte procesal las Administraciones se identifican con su propia definición del interés general, orientada como es obvio –aun cuando sea con plena legitimidad– a la realización de sus concretas pretensiones. De ahí que la coincidencia entre el interés general y el

interés de la Administración opere en el ámbito procesal como una mera presunción que, precisamente, ha de confirmarse mediante el control de legalidad que ejerce la Jurisdicción revisora. Renunciar a escuchar una tercera voz como la del Fiscal justo en aquellos supuestos en que no tiene más relación con la materia litigiosa que la que deriva de su propia posición constitucional de defensor de la ley (art. 124 CE) empobrece sin duda el debate, sustrayéndole un matiz de imparcialidad que podía resultar útil para la formación del criterio del Tribunal. En un marco de creciente puesta en valor de la transparencia y el control del ejercicio del Poder público no resulta fácil comprender cuál es la línea inspiradora de la decisión adoptada por el Legislador.

De ahí que, a falta de motivación explícita o de ventaja apreciable a primera vista, la LO 7/2015 haya supuesto en este punto, como textualmente afirmaban las Conclusiones aprobadas en las Jornadas de Fiscales especialistas del orden contencioso-administrativo que tuvieron lugar en octubre de 2016, *un retroceso patente e injustificado de la posición institucional y la función constitucional del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad, del interés general y de los derechos de los ciudadanos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa*, que, salvo mejor criterio, solo puede ser reconducido con razonables garantías de éxito mediante modificación –por mínima que sea, como se expondrá– del propio texto legal.

Mas al hilo de estas consideraciones derivadas en concreto de la reforma de 2015 hay que añadir una observación relativa, en general, a la actuación del Fiscal en materia de defensa de los derechos de los ciudadanos en el orden contencioso-administrativo. Es importante reparar en que, con contadas excepciones como la materia electoral, la intervención del Ministerio Fiscal en este ámbito se reduce exclusivamente a los incidentes, trámites y recursos propios del procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales (art. 114 y ss. LJCA), lo que no garantiza en absoluto que tal intervención pueda producirse en todos aquellos asuntos que afectan a esa clase de derechos, ya que es facultad privativa del recurrente optar o no en cada caso por el indicado procedimiento especial o por el procedimiento ordinario. Unilateral decisión de parte, no necesariamente vinculada aunque puede estarlo– a una estrategia procesal, sino a la disponibilidad real de medios para afrontar uno u otro proceso, o los dos simultáneamente, que, sin embargo, resulta determinante de que el Fiscal pueda –o no– incorporarse al debate y hacer explícito su punto de vista, caracterizado sobre todo por los principios de legalidad e impar-

cialidad y por el efecto unificador e integrador, en el terreno de la igualdad ante la ley, del principio de unidad de actuación.

De este modo se produce, una vez más, la paradoja de que la doctrina judicial y jurisprudencial sobre la configuración y el desarrollo de los derechos de los ciudadanos, y en especial de sus derechos fundamentales, en el contexto de su relación con los Poderes y Administraciones Públicas, se desarrolle en buena medida, y a voluntad del demandante, al margen y sin conocimiento siquiera del órgano al que el art. 124 de la Constitución encomienda de forma explícita su promoción y defensa ante los Tribunales.

Lo hasta aquí expuesto explica que las citadas Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de 2016 incluyeran una propuesta dirigida a la Fiscalía General del Estado para *instar una modificación legislativa dirigida a posibilitar la intervención del Fiscal, con independencia de la naturaleza formal del procedimiento de que se trate, en aquellos supuestos en que puedan resultar efectivamente afectados los derechos fundamentales de los ciudadanos, el interés general o los derechos o intereses difusos o colectivos, en especial cuando implican la impugnación directa o indirecta de disposiciones generales.*

De acuerdo con esa sugerencia formulada de modo unánime por los Fiscales que cotidianamente asumen el esfuerzo de materializar ese cometido constitucional, parece oportuno concretar su contenido en este apartado de la Memoria anual.

A tal fin, lo ideal sería combinar dos objetivos: en primer lugar, se trata como se anticipó de establecer una fórmula sencilla, que comporte una mínima modificación, de manera que pueda facilitarse en términos realistas la labor legislativa que se propone; y en segundo lugar, en cuanto al fondo, debería procurarse una concreción razonable y proporcionada de los supuestos en los que la presencia del Fiscal en el proceso contencioso-administrativo puede resultar verdaderamente conveniente y eficaz, sin incurrir en un impulso pendular que, en busca de una innecesaria omnipresencia, se traduzca en buena parte de los casos en una intervención meramente formularia, condicionada e incluso devaluada por los limitados medios con los que podría contar la institución para hacer frente a esa tarea.

De ahí que la propuesta que se formula pivote sobre dos ejes:

- 1) El primero consiste en circunscribir la intervención del Fiscal –más allá de los supuestos en que, como se ha indicado, dispone de legitimación plena como parte procesal propiamente dicha– a aquellos asuntos en los que, por la importancia de la cuestión que se dilucida, por su incidencia en el régimen general de los derechos, deberes

o intereses de la totalidad o de determinados grupos de ciudadanos, o por la trascendencia social de la materia debatida, la decisión que haya de adoptar el Tribunal se proyecte más allá del marco cotidiano de la mera aplicación de doctrina a la solución de conflictos concretos.

Como ya se ha indicado, la nueva configuración del recurso de casación, basado en criterios de interés casacional objetivo en buena parte identificables con los supuestos que se acaban de enunciar, caracteriza este recurso como un cauce idóneo para la aportación del criterio del Ministerio Público. Se trataría por tanto de oír al Fiscal antes de pronunciar la última palabra a la hora de sentar doctrina –o más precisamente, jurisprudencia– sobre cómo ha aplicarse la ley en los supuestos de verdadero interés.

Sin embargo la propia naturaleza selectiva del interés casacional aconseja abrir el foco para permitir que la función constitucional del Fiscal alcance a otros asuntos cuya especial trascendencia no cuenta con ese cauce procesal de análisis y revisión: concretamente, aquellos en los que el propio Tribunal Supremo ejerce competencias en primera y única instancia, entre los que el art. 12 LJCA incluye actos y disposiciones –en especial, las disposiciones generales emanadas de los más altos órganos del Estado– que por su entidad y su objeto son muy frecuentemente susceptibles de afectar de manera inmediata al interés general y a los derechos, los deberes y las situaciones jurídicas del conjunto de los ciudadanos o de grupos significativos, sin necesidad siquiera en este punto de una cita expresa de los derechos de los consumidores puesto que esta vía de legitimación ya está abierta por el artículo 11.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cabe sin embargo sugerir la posibilidad de que ese traslado al Fiscal se produzca obligadamente siempre que afecte a personas o grupos que por motivos de diversa naturaleza (económica, social, cultural) pueden considerarse especialmente vulnerables. Este concepto jurídico indeterminado aporta no obstante a la regla su propio margen de apreciación, contribuyendo igualmente a flexibilizar su aplicación conforme al prudente criterio del Tribunal.

2) La inicial amplitud de campo que se acaba de sugerir debe sin embargo quedar compensada por el propósito de proporcionalidad y utilidad que se ha anunciado como segundo eje de la propuesta. No se trata de generalizar una sistemática y formularia presencia dictaminadora del Fiscal, en la línea de su clásico y hoy atinadamente cuestionado papel de *amicuscuriae*. Por el contrario, el objetivo es asegurar su intervención precisamente en aquellos asuntos en los que una tercera voz imparcial –en el doble sentido de imparcialidad institucional vinculada al principio de legalidad ex art. 124 CE, pero también de

ajenidad a los intereses concretos ventilados en el proceso— pueda agregar un valor verdaderamente útil para el juicio que debe abordar el Tribunal, en orden a la toma en consideración de todos los intereses que verdaderamente pueden estar en juego más allá del legítimo pero inherentemente parcial enfoque de las partes.

Y, por ello, nadie mejor que el propio Tribunal para valorar y ponderar en cada caso si la naturaleza del asunto, el planteamiento formulado por los contendientes y la eventual trascendencia de su resolución aconsejan escuchar el parecer del Ministerio Público. De ahí que esta intervención deba concebirse con carácter sustancialmente facultativo, como una vía disponible para que, a su vez, el Fiscal pueda concretar el alcance y el contenido de su propia aportación, sopesando en qué medida aparecen efectivamente afectados los derechos e intereses cuya defensa le corresponde, y en qué pretensiones concretas debe plasmarse, por consiguiente, esa defensa.

Con arreglo a esos parámetros, el momento idóneo para oír a la Fiscalía es el inmediatamente anterior a la resolución judicial, cuando las posiciones de las partes —y con ellas, el objeto del proceso— están definitivamente definidas, y permiten por tanto al Tribunal valorar la conveniencia y la utilidad de esa intervención, y al propio Fiscal —con esa misma visión utilitarista— acotar el contenido y perfilar el sentido de su dictamen. La enjundia del problema y las circunstancias del caso permitirán al Órgano judicial señalar un plazo razonable a tal fin, que no obstante la norma debería sujetar a un máximo para evitar que este trámite facultativo pueda traducirse eventualmente en una inconveniente dilación del pleito.

La síntesis de estos propósitos puede alcanzarse mediante la simple reforma de un solo precepto legal: el apartado 1.f) del artículo 19 LJCA, que en su redacción actual se limita, como ya se ha señalado, a fijar por remisión a «la Ley» el ámbito de legitimación del Fiscal en el proceso contencioso-administrativo. La reforma que se propone mantendría esa redacción, añadiendo simplemente la descripción del nuevo supuesto de legitimación procesal específica e incidental, restringida a los supuestos y las finalidades que se han descrito. Cabe sugerir la siguiente redacción:

Art. 19.

1. (...)

«f) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley.

No obstante, el Tribunal Supremo podrá, una vez concluidas las actuaciones y por plazo no superior a veinte días, recabar informe del Fiscal en todos aquellos asuntos de su competencia, cualquiera que sea su naturaleza, en los que considere que pueden resultar afectados de manera especialmente relevante el interés general o los derechos fundamentales de las partes o de terceros.

La misma facultad corresponderá a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de los recursos de casación para cuyo conocimiento y fallo son competentes.

El informe del Fiscal al que se refieren los dos párrafos anteriores se recabará siempre que se alegue la vulneración de derechos fundamentales de personas o grupos especialmente vulnerables.»