

### 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, convirtiendo 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 impedían 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.