

# Función del Fiscal ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

The role of attorney in the Supreme Court



PEDRO ANTONIO CAMPOY Y REBOLLO

Fiscal del Tribunal Supremo  
Pedro.campoy@fiscal.es

**Fecha de recepción:** 2 de julio de 2015.

**Fecha de aceptación:** 10 de septiembre de 2015.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES HISTÓRICOS. ■ II. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. ■ III. FUNDAMENTACIÓN LEGALIDAD ORDINARIA. ■ IV. TIPOS DE PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS.

## Resumen

Se presenta aquí una serie de reflexiones acerca de la posición del Ministerio Fiscal ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, desde la antigüedad hasta la actualidad, en particular su misión en defensa de la legalidad y muy concretamente de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna a los ciudadanos.

## Palabras clave

Posición constitucional del Fiscal.

## Disciplina jurídica

### Derecho Procesal Contencioso-Administrativo

#### I. INTRODUCCION: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

• **Antigüedad (Roma).**—No existía en la Roma Clásica una jurisdicción contencioso-administrativa como hoy la conocemos. En lo que respecta a Hispania, la conquista romana de España –206 a.de C– es el presupuesto fundamental de la integración de ésta en la órbita política y cultural de Roma y, a la larga, de la recepción de su derecho. Como base y fundamento de esta romanización jurídica, debemos arrancar de la concepción romana originaria sobre el derecho y su ámbito de vigencia territorial. Profesaban los romanos, en efecto, en principio y durante mucho tiempo, una concepción personalista del derecho. El derecho romano era concebido como un «privilegio» del ciudadano de Roma (cives), y de aquí la calificación técnica de «ius civile». La aplicación del derecho romano en la Península Hispánica, alcanza cotas reducidas y con densidad muy variable. La mayoría de los pueblos autóctonos seguían rigiéndose por sus derechos primitivos o tribales. Con las concesiones de Vespasiano (73d. C) y Caracalla, se produjo la extensión del ius civile y el ius latii a todos los habitantes de las ciudades de Hispania. Posteriormente aparece un derecho romano provincial aplicable a las ciudades romanizadas. Y ya en el derecho postclásico aparecen las Constituciones Imperiales que, como emanadas del Cesar, regulaban la vida de los ciudadanos al estilo de Roma, y, por supuesto, las relaciones de los ciudadanos con la Administración Romana.

• **Edad Media.**—En la oscuridad altomedieval no existía nada parecido a un régimen de control de la administración feudal, más allá de una pequeña Curia sita en la corte del Señor feudal o del propio monarca. Es evidente que esa Curia, formada normalmente por juristas, no pudiese gozar de la independencia y autonomía necesarias para enjuiciar el quehacer administrativo, siendo lo más frecuente que avalase con sus resoluciones la decisión «pseudoadministrativa» adoptada por el Señor feudal. En esta época aparece el «Liber Iudiciorum». Esta situación experimenta un cambio tras el fenómeno de la Recepción del Derecho Romano-Justiniano, Canónico y lombardo Feudal, acontecida sobre el siglo XII bajo medieval, inicialmente en Italia de donde pasó a los restantes reinos europeos y naturalmente a España. El derecho así recibido pasó a denominarse «el Ius Comune» que se difundió por toda Europa. En líneas generales puede afirmarse que en conjunto, la Recepción afectó a las diversas esferas del ordenamiento Jurídico de los reinos hispanos, tanto en el aspecto público, como privado (y así cabe destacar el Ordenamiento de Alcalá).

• **Régimen Polisinodial Austracista.**—El régimen polisinodial de la Casa de Austria en España, así denominado por la proliferación de Consejos (Sínodos), se caracterizó como su nombre indica por la existencia de múltiples Consejos (el de Castilla, el de Indias, el de Órdenes y el de Aragón) de ellos el más importante el de Castilla, que asumía funciones jurisdiccionales que podríamos, *prima facie* y salvando las distancias científicas, considerar próximas a la jurisdicción contencioso-administrativa. Se produjo la existencia de una legislación real y de Cortes (sobre todos en

el primitivo Reino de Castilla, puesto que la Corona de Aragón y sobre todo Cataluña, siguieron con su régimen paccionado). Y en la esfera jurisdiccional cabe destacar la existencia de los Corregidores (que tenían potestad judicial próxima a la que hoy consideraríamos contencioso-administrativa).

• **Régimen Borbónico: Los Decretos de Nueva Planta.**—Con la entronización en España de la Casa de Borbón se produjo un vuelco en la Administración Pública, creándose a través de los llamados «Decretos de Nueva Planta» (p. e. el Decreto de Nueva Planta de Cataluña de 1714) una nueva estructura de la Administración de Justicia, basada en las Capitanías Generales, a cuyo frente había un Capitán General, que a la vez era el Regente de la Real Audiencia con funciones jurisdiccionales. En la capital del reino residía como vértice de la pirámide jurisdiccional el Consejo de Castilla, del que formaban parte los jueces, naturalmente, y dos Fiscales: uno de lo civil y otro de lo criminal (señaladamente aparece la figura de lo que luego se llamará Fiscal General, de la que es exponente Don Melchor Rafael de Macanaz, y otro de sus sucesores será Don Pedro Rodríguez de Campomanes)— el Consejo de Castilla —antecedente del actual Tribunal Supremo— actúa en la órbita administrativa, pero siempre presidido por el Rey, que despachaba con el Consejo en la llamada «Consulta de los Viernes».

• **Régimen posterior a la guerra de la independencia.**—Con el retorno del exilio francés del Rey Fernando VII —en 1814— se declara abolida la legislación emanada de las Cortes de Cádiz, y se produce la vuelta al sistema borbónico. Con el breve lapso del Trienio Liberal.

• **Régimen Constitucional (La Restauración).**—Con la llegada de Alfonso XII, de la mano de Cánovas del Castillo, se elabora la Constitución de 1876, fruto del pensamiento conservador de Cánovas, como antecedente de ella se aprueba la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870 que, pese a su calificativo de provisional, estaría prácticamente vigente, con algún retoque posterior, hasta la vigente LOPJ de 1985. La ley provisional sentó las bases estructurales del Ministerio Fiscal moderno tal y como hoy lo concebimos. En cuanto a la Jurisdicción contencioso-administrativa y a la intervención en ella del Fiscal —que es el objeto primordial de estudio del presente artículo doctrinal— cabe señalar que en la Ley de 1870, en su art. 63, instituyó en el seno del Tribunal Supremo, una Sala de Recursos contra la Administración. Y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 integrada en el marco codificador de los primeros años de la Restauración, establecía en su art. 8 que *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa será ejercida en nombre del Rey, y por delegación suya, por el Tribunal de lo contencioso-administrativo, que formará parte del Consejo de Estado, y por los Tribunales Provinciales*.. Sistema de jurisdicción retenida copiada del sistema francés —en la actualidad vigente en el derecho del país vecino, donde la cúspide de la jurisdicción administrativa se halla en el Conseil D'Etat, no en la Corte de Casación—, los miembros del Tribunal Contencioso-Administrativo Español eran denominados «Ministros» y contaba con un Fiscal que *«representará a la Administración del Estado en los asuntos contencioso-administrativos de que conozca (...). Un Fiscal «a quién auxiliarán, bajo su dirección y responsabilidad, un Teniente Fiscal y seis Abogados Fiscales, debiendo ser todos Letrados y que tendrá la categoría de Jefe Superior de la Administración y disfrutará el haber anula de 15.000 ptas (ptas de 1888) según el art. 20. dicho Fiscal de lo*

Contencioso era nombrado libremente por el Gobierno, en el ejercicio de su función, el Fiscal Contencioso tenía expresamente prohibido (Art. 24) *«allanarse a las demandas dirigidas contra la Administración sin estar autorizado para ello por el Gobierno de su Majestad, si bien, cuando considerase de todo punto indefendible la resolución impugnada, lo hará presente en comunicación razonada al Ministro de cuyo Centro dimane, para que acuerde lo que estime procedente. Entre tanto, estará obligado a la defensa de aquélla...»*. Se define así una figura de Ministerio Fiscal vinculado al Consejo de Estado, aparentemente autónomo, respecto del Fiscal del Tribunal Supremo, al que la Ley de 1870, en su art. 841 calificaba como *«Jefe del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia»* y sujeto, en cambio, a una dependencia funcional de los Ministros titulares de los distintos Departamentos del Gobierno cuyos asuntos se encargaba de defender.

Este esquema está vigente hasta la Ley de 1904 que organizó el Consejo de Estado y creó en el Tribunal Supremo una Sala que se denominaría «de lo Contencioso-Administrativo, ello conllevó un cambio en el Ministerio Fiscal que pasó a integrarse en la Fiscalía del Tribunal Supremo (Art. 6) *«el Teniente Fiscal del Tribunal Contencioso-Administrativo pasará a ocupar en comisión una plaza de Abogado Fiscal de la nueva Sala del Tribunal Supremo, y los Abogados Fiscales de aquel Tribunal quedarán adscritos a al Fiscalía del Tribunal Supremo, con los mismos sueldos, categorías y derechos que los Abogados Fiscales que actualmente prestan sus servicios en la misma»*. Si bien, *« la representación del Ministerio Fiscal en los Tribunales provinciales seguirá atribuida a los Abogados del Estado (...)»*.

- **La Dictadura de Primo de Rivera.**—Proclamada por el Golpe del Capitán General de Cataluña Miguel Ángel Primo de Rivera, tiene como novedad la promulgación del Estatuto Orgánico de 1926, que consuma la segregación de la Carrera Fiscal de la Carrera Judicial, impidiendo la ósmosis de los funcionarios de ambas carreras que, a partir de entonces y hasta el momento actual, salvo los excepcionales trasvases a través de una Oposición restringida al Cuerpo de Magistrados especialistas de lo Contencioso-Administrativo, no pueden servir más que una de las dos carreras. El EOMF de 1926 da carta de naturaleza a la Fiscalía del Tribunal Supremo —salvo en la configuración y dimensiones de la plantilla— tal y como ha llegado a nuestros días, con dos importantes salvedades: que en ella se mezclaban todavía. En dicho momento, las funciones y tareas propias de la Fiscalía del Alto Tribunal con las que hoy corresponden a la Fiscalía General del Estado. Respecto del Estatuto de 1926 nos remitimos a lo que luego se dirá

- **La Segunda República.**—Proclamada el 14 de abril de 1931, la Segunda República sigue con el esquema anterior.

- **La Dictadura del General Franco.**—Cuando sobreviene la Dictadura del General Franco, tras el alzamiento cívico-militar del 18 de julio de 1936, está vigente el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926, aprobado por Ley de esa fecha, a iniciativa del Ministro de Gracia y Justicia Don Galo Ponte Escartin, del Directorio Civil de Primo de Rivera, dicho cuerpo legal es respetado por la Dictadura de Franco, que, tras la aprobación de la Ley Orgánica del Estado —remedio de Ley Constitucional del régimen franquista—, aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, por medio de Decreto 437/1969, de 27 de febrero, que está en la actualidad

vigente, en lo que no contradiga al EOMF de 1981. El EOMF de 1926 configuraba la existencia de una Fiscalía del Tribunal Supremo dirigida por un Fiscal del Tribunal, bajo la dependencia del Ministro de Gracia y Justicia, e integrada por un Teniente Fiscal y once Abogados Fiscales del Tribunal Supremo, de los cuales tres habían de ser de procedencia administrativa, correspondiendo las tres plazas a los turnos de Abogados del Estado –Ley de 5 de abril de 1904. En 1956 se dicta la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que a salvo de algunas peculiaridades sienta las bases del sistema hoy vigente, en cuanto a la intervención del Fiscal en los procedimientos contencioso-administrativo

- **El Régimen Constitucional de 1978** (El EOMF de 1981).—Tras la promulgación de la vigente Constitución de 31 de octubre de 1978, refrendada por el Pueblo Español el 6 de diciembre siguiente, cuyo art 124, al que luego nos referiremos, sanciona la existencia del Ministerio Fiscal como órgano constitucional, se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por Ley Ordinaria 50/1981, de 30 de diciembre de 1981, que sigue hoy vigente tras la reforma operada por Ley Ordinaria 24/2007, de 9 de octubre.

- **Momento actual.**—En la actualidad y en el momento de redactarse este Artículo (Julio de 2015) la Fiscalía de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, asume la representación del Ministerio Fiscal en los diversos pleitos que luego se dirán y que son competencia de la Sala III del Tribunal Supremo y de sus Salas Especiales (Art. 42 y 61 de la LOPJ). Está estructurada como una Sección más de las cinco que constituyen la meritada Fiscalía (Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Social y Militar) y está integrada ahora por un Fiscal Jefe de la primera categoría de Fiscales de Sala y tres Fiscales del Tribunal Supremo de la segunda categoría.

## II. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

La hallamos en el art. 124 de la CE, que reza del siguiente tenor: «1. *El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social.* 2. *El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*».

## III. FUNDAMENTACIÓN DE LEGALIDAD ORDINARIA

La hallamos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre de 1981 y reformado por la Ley 24/2007, de 9 de octubre. El EOMF en su art. 1 reproduce a la letra el art. 124 de la Carta Magna, en su art. 2.1 se señala que: «*El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios*

*de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».*

En su art. 3.14 se concreta: *«Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas, Defender igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos (el sub-rayado es nuestro) y laborales que prevén su intervención».*

Descendiendo al nivel normativo reglamentario, hay que tener en cuenta que está todavía vigente –pese a ser una norma preconstitucional– el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal (en adelante ROMF), (se refiere al viejo EOMF de 1926 del Ministro de la Dictadura de Primo-Verista, Don Gonzalo Ponte Escarpín) al que antes ya nos hemos referido. La vigencia del ROMF, claro es, está sometida a las normas que contiene el vigente EOMF de 1981. El ROMF de 1969 dispone, en su Art.1: *«El Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley, procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social».* Este precepto que está rigurosamente vigente, con la excepción de que el Ministerio Fiscal ya no es el órgano de comunicación del Gobierno con los Tribunales de Justicia, en el sentido de dependencia del mismo (con arreglo al viejo esquema de la no separación de poderes, sino coordinación de funciones de las viejas Leyes Fundamentales, concretamente la Ley Orgánica del Estado de 1967, a la que responde el citado ROMF), sino que como institución judicial autónoma constitucional no depende del Gobierno sino que actúa con absoluta autonomía del Ejecutivo integrado en el Poder Judicial. Pudiendo no obstante el Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia interesar del Fiscal General del Estado las actuaciones que estime pertinentes, El Fiscal General, oída la Junta de Fiscales de Sala o el Consejo Fiscal, según los casos, actuará con autonomía en defensa de la legalidad, comunicando el resultado al Gobierno (art. 8 EOMF de 1981). La Fiscalía de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su quehacer cotidiano se configura como una Sección del Tribunal Supremo –siguiendo el modelo estructural del ROMF de 1969–. Interviniendo en los pleitos que acto continuo se dirán.

#### IV. TIPOS DE PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS

• **CASACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**–Se regula en los arts. 86 a 95 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 (en adelante LJCA), atendiendo a las peculiaridades derivadas del Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, regulado en los arts. 114 a 122 del Capítulo 1º del Título V de la LJCA.

Una vez dictada la sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) o la Sala homónima de la Audiencia

Nacional, –con las excepciones del art. 86.2 de la LJCA– se abre el plazo de 10 días (art. 89.1 LJCA) para preparar o anunciar el recurso ante el órgano jurisdiccional «a quo» mediante un escrito que debe reunir las exigencias del art. 89.1 LJCA, si el escrito reúne los requisitos citados (sustancialmente su estructuración en motivos separados) el Tribunal de instancia, distinguiendo la infracción de Ley del quebrantamiento de forma) admitirá el recurso y emplazará al recurrente y demás partes intervinientes (p.e. el Ministerio Fiscal) ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 90 LJCA).

Llegadas las actuaciones al Alto Tribunal –personadas las partes y el Fiscal– y dentro del plazo meritado el recurrente deberá formalizar el recurso –si no lo hiciera así, el Secretario Judicial declarará desierto el pleito mediante el oportuno Decreto (art. 91.2 de la LJCA)–. Si se formalizase por el recurrente el recurso se pasaran las actuaciones al Magistrado Ponente, quién someterá a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso (Art. 93.1 LJCA); sobre las causas de inadmisión vide Art. 93.2 LJCA<sup>1</sup>.

Admitido que sea el recurso se pasarán las actuaciones al Fiscal y demás partes intervinientes para que formulen oposición en su caso. Sobre la postura procesal que puede y debe adoptar el Ministerio Fiscal o, dicho de otro modo, sobre si el Fiscal, que no hubiere recurrido la sentencia, puede apoyar o no el recurso –cuestión doctrinalmente discutida– somos de la opinión de que, por razones de defensa de la legalidad constitucional y ordinaria que compete al citado Ministerio, la expresada institución puede pedir la estimación o desestimación del motivo concreto o de todo el recurso, con absoluta independencia de la posición procesal que hubiese sostenido el Fiscal en la instancia.

Seguidamente, con o sin vista oral (Art. 94.2 y 3 LJCA), la Excm. Sala del TS dictará sentencia en el plazo de diez días del Art. 94.4 LJCA. La expresada sentencia tendrá el contenido del art. 95.1 y 2. Contra la Sentencia de la Sala Tercera no cabrá recurso alguno, ni ordinario, ni extraordinario, a salvo del recurso de amparo en materia de derechos fundamentales a resolver por el Tribunal Constitucional, con el contenido y alcance previstos en su Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre de 1979, en sus arts. 53 a 56, debiendo el TC otorgar o denegar el amparo con el contenido y alcance del art. 55, como ya hemos dicho.

- 
1. Las causas de inadmisión vienen detalladas en el art. 86.2 de la LJCA, son las siguientes:
    - Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de al relación de servicio de funcionarios de carrera
    - las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000€, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.
    - Las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el art. 122
    - Cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general.
  - 2.–Eladio Escusol Barra. Derecho Procesal Administrativo. Tecnos, 1995.
  - 3.–Existía en la Península una dualidad de sistemas jurídicos, a saber: el Derecho Hispano-godo y el hispano romano.
  - 4.–Seguimos en este punto el artículo de Pedro Crespo Barquero.

- **CASACIÓN ORDINARIA.**—En principio el Fiscal no tiene legitimación, a salvo del recurso contra las sentencias del Tribunal de Cuentas y la casación en interés de la Ley, que examinaremos *ut infra*. Así como en ciertas materia de derecho urbanístico y medioambiental.

- **CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY.**—Sólo cabe contra sentencias que se hayan fundamentado en conculcación de la Ley estatal o, dicho en dicción de la LJCA (Art. 100) únicamente podrá enjuiciarse a través de este recurso la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido. Sólo cabe contra sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-Administrativo y las pronunciadas por las Salas homónimas de los Tribunales Superiores de Justicia —en primera instancia o en grado de apelación— y la Sala homónima de la Audiencia Nacional, contra las que no quepa recurso de casación ordinario. El recurso de interpondrá directamente ante la Sala Tercera del TS, en el improrrogable plazo de tres meses a contar desde la notificación de la sentencia «a quo». Sólo tienen legitimación activa para interponer el calendado recurso: *La Administración Pública Territorial que tenga interés legítimo en el asunto y las entidades o corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, el Ministerio Fiscal y la Administración General del Estado, mediante este recurso, cuando estimen gravemente dañosa y errónea la resolución atacada* (Art. 100 LJCA). Para estimar el recurso es necesario que la resolución combatida sea errónea —quiere decirse contraria al ordenamiento jurídico— y gravemente dañosa para el interés general —este último requisito ha sido interpretado en su alcance por la Jurisprudencia de la Excm. Sala Tercera, como la posibilidad del pernicioso efecto multiplicador que supondría la reiteración de sentencias iguales a la cuestionada, requisito que es requerido con singular energía por sentencias como p.e. la STS de 15 de noviembre, RJ\2000/10065—.

Como sabemos este recurso de casación en interés de la Ley es una modalidad de casación pura —al estilo francés del termino casar (romper)— ya que no afecta al fondo del pleito que permanece incólume, sin ver alterado el fallo de la sentencia «a quo». Se trata, pues, de un sentencia, la del interés de Ley que produce sus efectos *pro futuro*, para condicionar futuras resoluciones sobre la misma materia y objeto procesales. Fijando una doctrina legal interpretativa a la que necesariamente deben atenerse los órganos jurisdiccionales inferiores. Y si alguno de estos quebranta la doctrina legal fijada, cabrá siempre contra la sentencia disidente el recurso de casación ordinario basado en un motivo por Infracción de Ley o Jurisprudencia.

- **CASACIÓN TRIBUNAL DE CUENTAS.**—Contra las sentencias dictadas, en grado de apelación, por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas del Reino, cabe recurso extraordinario de casación por Infracción de la Ley (constitucional u ordinaria) y por Quebrantamiento de Forma. Lo más novedoso de esta modalidad de casación —que en todo se asemeja a la casación ordinaria (salvo lo que ahora se dirá)— es que dentro de esta modalidad casacional se da una tacha que no existe en aquélla, a saber, el motivo por *error evidente en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en el procedimiento que demuestren la equivocación del órgano del Tribunal sin resultar contradichos por otros elementos de prueba* (Art. 82.1.4º de

la LFTcu. de la Ley /1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas). El resto de la tramitación del procedimiento de casación se rige por las reglas de la casación ordinaria, sin que se exija garantía o depósito alguno (Art.84.1). Cabe la ejecución provisional de la sentencia recurrida, si el recurrente presta fianza o aval suficientes para garantizar el cumplimiento de la combatida (art. 84.2). De esta última exigencia está dispensado el Ministerio Fiscal.

• **CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.**—Se produce:

- Cuando dos órganos uno de la Administración y otro de la jurisdicción pretenden tener o carecer de competencia para el conocimiento de determinado asunto o materia.
- Cuando un órgano de la jurisdicción militar y otro de cualquier otra jurisdicción disputan, positiva o negativamente la competencia para conocer de un asunto.

• **CONFLICTOS DE COMPETENCIA.**—Se suscitan entre dos órganos judiciales de distinta jurisdicción —contenciosa, civil, penal o social, cuando ambos órganos judiciales pretenden tener o carecer de jurisdicción para el conocimiento de determinado asunto o materia. Son resueltos por la Sala Especial del Art. 42 de la LOPJ, presidida por el Presidente del Tribunal Supremo y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno. Actuará como Secretario de esta Sala Especial el de Gobierno del Tribunal Supremo.

• **CUESTIONES DE COMPETENCIA.**—Se suscita entre dos órganos del mismo orden jurisdiccional, en nuestro caso el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (p.e. entre un Juzgado de lo contencioso-administrativo y otro, o con una Sala Territorial, respecto de la cual no sea inferior jerárquico). Se resuelve por el Superior jerárquico común y, en su caso, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

• **CONSULTA DE COMPETENCIA.**—Se produce cuando un órgano judicial eleva exposición razonada al Tribunal superior jerárquico, por entender que éste es el competente. O cuando el superior jerárquico consulta al Fiscal acerca de su propia competencia o la falta de ella, p.e. la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

• **CUESTIONES PREVIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD.**—Vienen reguladas para todos los órdenes jurisdiccionales —no sólo para el contencioso-administrativo— en el art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que reza así: «1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar

*mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días...»*

La Doctrina del máximo interprete de la Ley de Leyes señala –Auto 251/2009 (Pleno de 13 de octubre de 2009)– que no corresponde al Tribunal de Garantías Constitucionales pronunciarse sobre las interpretaciones de las normas impugnadas que propongan las partes en un proceso constitucional, sin que procedan pronunciamientos preventivos a través de los cuales se pretenda evitar una posible y todavía no producida aplicación del precepto en contradicción con la Constitución.

• **CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE DE LUXEMBURGO.**–Su regulación es muy parca y viene establecida en el art. 234 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (Tratado de Ámsterdam). Cabe su planteamiento cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, estima que una norma con rango de Ley interna, o norma reglamentaria, puede vulnerar el derecho comunitario de la Unión Europea. En tal, la Sala Tercera suele, aunque no hay ninguna norma que lo establezca, oír al Ministerio Fiscal. La Jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo (en adelante TJCE) señala, de forma tan reiterada que excusa su cita pormenorizada, que el sometimiento de una cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Luxemburgo requiere de dos elementos:

- 1) Que el órgano judicial nacional albergue duda razonable respecto de la exégesis que haya de darse a una norma de Derecho Comunitario.
- 2) Que la solución del caso *sub iudice* dependa de la norma cuestionada y, por tanto, de la interpretación que le dé el TJCE.

Así ocurre en la cuestión prejudicial 1/104/2004, donde se planteaba la duda de cual era la interpretación que el Alto Tribunal debía dar al artículo 3.1 de la Directiva 89/552/CE, según redacción que de ella ha hecho la nueva Directiva 97/36/CE, en materia regulada por el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles. La Sala Tercera –Sección Tercera– del Tribunal Supremo por Auto de 18 de abril del 2007 acordó –con el informe favorable del Fiscal– plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE –formulando tres preguntas–, resolviendo el Tribunal Europeo en el sentido de que la noción de «ayuda del Estado en relación con la financiación obligatoria de la producción obligatoria de la producción cinematográfica tal como ha sido regulada por las normas estatales sobre cuya validez el Tribunal Supremo está llamado a pronunciarse. No era contraria al Derecho Comunitario.

• **PROCEDIMIENTO DE ERROR JUDICIAL.**–Viene regulado en los arts. 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (en adelante LOPJ). A saber: Cuando se produce un daño causado en cualesquiera bienes o derechos por error judicial; así como los que sean consecuencia del mal funcionamiento de la Administración de Justicia –en cualquier orden jurisdiccional–, dará al perjudicado

derecho a una indemnización a cargo del Estado (a través del Ministerio de Justicia), salvo los casos de fuerza mayor, con arreglo a la Ley. El procedimiento para exigir ante el Ministerio de Justicia la indemnización meritada es el siguiente (Art. 293 LOPJ): La reclamación de indemnización deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso se aplicarán las reglas siguientes:

- La acción judicial para el reconocimiento de error judicial deberá instarse inexcusablemente en el plazo de TRES MESES a partir del día en que pudo ejercitarse (en nuestro caso a partir de la notificación de la resolución a la que se imputa el error).
- La pretensión –en nuestro caso– se deducirá ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y si el error se imputase a ésta Sala, la competencia correspondería a la Sala Especial del art. 61 LOPJ. Dicha Sala está compuesta, a tenor del citado art. 61.1 por: «*El Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas*». Se trata como dice la doctrina procesalista de una Sala reforzada análoga a un Pleno del Tribunal Supremo en pequeño.
- El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recuso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Fiscal y el Abogado del Estado. El tribunal dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de 15 días, con informe previo del órgano judicial, a quién se atribuye el error.
- No procederá la declaración de error contra la resolución judicial mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento. Sustancialmente este precepto hay que interpretarlo a la luz de la mejor y más moderna jurisprudencia del TS –por todas la STS de la Sala Especial del TS del art. 61 de 23 de septiembre de 2013, recogida en la STS de la Sala Tercera de 16 de enero de 2014– que se refiere al recurso de nulidad e actuaciones, como trámite previo al ejercicio de la acción judicial de error. Materia que tratamos en el siguiente epígrafe.

• **PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN.**–Según el art. 102.1 de la LJCA habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

- a) *Si después de pronunciada sentencia se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.*
- b) *Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquella, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.*
- c) *Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.*
- d) *Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.*

En lo referente a plazos, procedimiento y efectos de las sentencias dictadas en el recurso de revisión, regirán las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 509 a 516 de la vigente LEC). No obstante, sólo habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario.

La revisión en materia de responsabilidad contable procederá en los casos establecidos en la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas (arts. 83 y 84 de la LFTCu 7/1988, de 5 de abril)

• **INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES.**—Como decíamos en el apartado anterior la demanda de error judicial debe, según la jurisprudencia del Alto Tribunal —Sala Especial del art. 61 y Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo—, formularse una vez agotados todos los recursos posibles ordinarios y extraordinarios en el ámbito procesal y muy especialmente el llamado de nulidad de actuaciones, así lo configura el art. 241.1, párrafo primero de la LOPJ, según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que dispone: *«No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario»*. Redacción que debe interpretarse a la luz de la Jurisprudencia y muy especialmente la del TS —por todos los Autos: ATS de 27 de julio de 2009 y 9 de diciembre de 2009— que enseñan: *«El incidente de nulidad de actuaciones, en su versión reformada de 2007, es un remedio procesal “excepcional” para corregir la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE que no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que pone término al proceso y siempre que dicha resolución sea irrecurrible. Como señala la Exposición de motivos de la LO 6/2007, de 24 de mayo, se trata de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 LOPJ encaminada a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Por tanto, del incidente está excluida una supuesta vulneración de la legalidad ordinaria, incluso de naturaleza procesal, ya que sólo puede fundamentarse en la infracción de los referidos derechos»*. *«...el incidente de nulidad de actuaciones sigue siendo un incidente extraordinario que pretende corregir una vulneración de derechos fundamentales sin necesidad de acudir al recurso de amparo. En consecuencia, no se trata de una nueva instancia ni de un recurso ordinario ni extraordinario. Por tanto la norma no puede interpretarse en el sentido de que venga otorgar a las partes (y al Ministerio Fiscal) una especie de recurso de súplica contra la sentencia que resuelve el recurso de casación, basado en la pretensión de obtener una modificación del criterio razonadamente expuesto en tales resoluciones. Se trata de un remedio orientado a corregir errores u omisiones en la tramitación o en la sentencia, para evitar el amparo constitucional»*.

• **JUSTICIA GRATUITA.**—La intervención del Ministerio Fiscal en esta materia se produce en dos planos:

- Como Presidente de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita –la Central y las Provinciales–, aquí sólo nos referiremos a la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita (Art. 10 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante LAJG)). Cuyo Presidente viene siendo un Fiscal del Tribunal Supremo.
- Como órgano dictaminador de la procedencia de conceder o no los beneficios de la asistencia jurídica gratuita en cada procedimiento singularmente examinado, lo que doctrinalmente se conoce como dictamen de sostenibilidad o insostenibilidad de la pretensión, (art. 33 de la LAJG). Pues bien, en el caso de que el Abogado de oficio designado por el Colegio de Abogados, estime insostenible la pretensión del interesado –en nuestro caso para interponer recurso de casación o revisión ante la Sala III del Alto Tribunal– el asunto pasa a dictamen del Colegio de Abogados (Junta de Gobierno, en el caso de Madrid), si este organismo la considera también insostenible, pasa al Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre la meritada insostenibilidad. Si el Fiscal considera insostenible la pretensión del ciudadano demandante la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita desestimarán la solicitud (Art. 34.1). Si por el contrario el Colegio o el Fiscal estimaren defendible la pretensión, se procederá a la designación de un segundo Abogado para quién será obligatoria la defensa (Art 34.1) y al que se le dará traslado de todos los antecedentes procesales y sustantivos, muy especialmente de los dictámenes del Colegio de Abogados y del Fiscal, para que pueda fundamentar sustantiva y adjetivamente la defensa del solicitante de la asistencia jurídica gratuita.

El contenido material del derecho de asistencia jurídica gratuita, caso de ser concedido el beneficio, viene detallado en el art. 6 de la Ley citada y es, en síntesis el siguiente, el siguiente:

1. *Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretenden reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.*
2. ...
3. *Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.*
4. ...
5. *Exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.*
- 6., 7., 8., 9. y 10.

MADRID, 2 de julio de 2015