

### 1.3 Sección de lo Contencioso-Administrativo

#### 1.3.1 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN

La Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo emitió a lo largo del ejercicio de 2020 el siguiente número de dictámenes, clasificados por su naturaleza:

1. Recursos de casación . . . . .	143
1.1 Derechos fundamentales . . . . .	119
1.1.1 Personaciones . . . . .	60
1.1.2 Admisión-Inadmisión . . . . .	40
1.1.3 Oposición . . . . .	8
1.1.4 Asistencia a vista . . . . .	–
1.1.5 Interposición . . . . .	–
1.1.6 Otros . . . . .	11
1.2 Procedimiento Ordinario . . . . .	16
1.2.1 Personación . . . . .	3
1.2.2 Admisión-Inadmisión . . . . .	3
1.2.3 Oposición . . . . .	4
1.2.4 Alegaciones . . . . .	1
1.2.5 Queja . . . . .	1
1.2.6 Otros . . . . .	4
1.3 Tribunal de Cuentas . . . . .	8
1.3.1 Personación . . . . .	1
1.3.2 Admisión-Inadmisión . . . . .	5
1.3.3 Otros . . . . .	2
2. Recurso contencioso-administrativo . . . . .	152
2.1 Derechos fundamentales . . . . .	84
2.1.1 Alegaciones . . . . .	43
2.1.2 Conclusiones . . . . .	7
2.1.3 Otros . . . . .	34
2.2 Procedimiento ordinario . . . . .	68
2.2.1 Personación . . . . .	5
2.2.2 Alegaciones . . . . .	26
2.2.3 Conclusiones . . . . .	17
2.2.4 Otros . . . . .	20

3. Cuestión de inconstitucionalidad . . . . .	16
4. Cuestiones prejudiciales TJUE . . . . .	–
5. Nulidad de actuaciones . . . . .	8
6. Jurisdicción y Competencia . . . . .	47
6.1 Dictamen exposición razonada . . . . .	21
6.2 Conflicto de competencia . . . . .	10
6.3 Cuestión de competencia . . . . .	15
6.4 Conflictos de Jurisdicción . . . . .	1
7. Asistencia jurídica gratuita . . . . .	15
8. Recusaciones . . . . .	2
9. Errores judiciales . . . . .	21
9.1 Alegaciones . . . . .	18
9.2 Otros . . . . .	3
10. Recursos de revisión . . . . .	22
10.1 Dictámenes . . . . .	19
10.2 Otros . . . . .	3
11. Diligencias preprocesales . . . . .	–
12. Varios . . . . .	25
<hr/>	
– Totales . . . . .	451
– Proc. Derechos fundamentales . . . . .	203
– Resto de intervenciones en procesos judiciales . . . . .	223
– Diligencias preprocesales . . . . .	–
– Varios . . . . .	25

Aunque en apariencia la variación estadística respecto de ejercicios anteriores parece contenerse dentro de un margen razonable, resulta extremadamente difícil valorar las cifras que se acaban de detallar. La irrupción de la pandemia por Covid-19 cuando aún no había concluido el primer trimestre de 2020 determinó un absoluto cambio de paradigma de consecuencias entonces –y aun hoy– incalculables.

Ese impacto se manifiesta en la forma y en el contenido.

En el primer aspecto, la decisión de incorporar a la presente edición un apartado temático dedicado a la incidencia de la pandemia en cada ámbito de especialidad del Ministerio Fiscal alterará la tradición expositiva de este capítulo dedicado a la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, puesto que, por

razones sistemáticas y de análisis de conjunto, su actividad en esa materia se examinará en dicho apartado.

En el aspecto de fondo, la acción del virus no solo ha afectado a la salud de las personas o al sistema sanitario, sino también al funcionamiento de la mayoría de actividades públicas y privadas, y particularmente, de modo muy acusado, de la Justicia. Y aún más específicamente, en diversos frentes, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta afirmación tiene un reflejo profundo en la estadística de esta Sección, aunque sea necesario acercar el foco al trasfondo cualitativo de los números para entender la magnitud del fenómeno.

En efecto, una aproximación diacrónica al volumen de actividad de los últimos años (tomando como referente inicial 2015, momento de la importantísima reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), presenta una leve recuperación al alza de los números totales, que con un leve repunte en 2018 venían descendiendo progresivamente en los últimos años.

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Total . . . . .	644	495	461	479	406	451
Derechos fundamentales . . . . .	139	145	199	220	189	203
Resto proced. Judiciales. . . . .	500	348	252	247	198	223
Diligencias preprocesales. . . . .	5	2	4	1	2	–
Varios . . . . .	–	–	6	11	17	25

Ahora bien, ese incremento global en torno al 11 %, que en condiciones normales podría estimarse como el mero reflejo de un movimiento vegetativo de la actividad procesal, se descompone en datos incuestionablemente vinculados al fenómeno de la pandemia.

El primero y más destacable de esos datos presenta una dimensión cualitativa muy relevante. Ya en la memoria del año pasado se advertía de una tendencia que algún sector doctrinal identifica como motivo de preocupación, y que, al menos en cuanto concierne a los procedimientos tramitados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en los que interviene el Ministerio Fiscal, se ha consumado este año con un dato incontestable: es significativamente mayor el número de intervenciones de la Fiscalía en recursos contencioso-administrativos para cuyo enjuiciamiento es competente el TS en primera y única instancia (152 en total, frente a 113 el año pasado) que en los recursos de casación (143), que experimentan además un sensible retroceso respecto de la cifra de 150 registrada en el ejercicio anterior.

La razón incuestionable de ese incremento de más del 34,5 % de las intervenciones en los *recursos directos*, pero sobre todo del espectacular aumento de los dictámenes emitidos en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales (que pasan de 59 en 2019 a 84 en 2020, es decir, un 42 %) es el aluvión de impugnaciones –exactamente 28– dirigidas, especialmente por particulares, como se dirá en la parte dedicada al análisis cualitativo de la gestión judicial de la pandemia, contra las sucesivas normas dictadas por el Gobierno para su contención.

Esa mayor proyección del Tribunal –hay que insistir, en relación con procedimientos en que interviene el Fiscal– hacia sus competencias de primera instancia coexiste, además, con la marcada tendencia a la baja en el número de casaciones que, como ya se ha explicado en ediciones anteriores, es sin duda consecuencia (buscada y lograda) del nuevo modelo casacional de la Ley Orgánica 7/2015. Y a ambas circunstancias se suma un progresivo y sostenido retroceso del procedimiento especial de derechos fundamentales, mientras que se mantienen sustancialmente estables las cifras de actuación de la Fiscalía en los recursos de casación ordinarios.

En este punto hay que aclarar que, frente a lo sucedido con los recursos directos, la situación de pandemia no ha incidido de manera relevante en las cifras del recurso de casación por dos motivos: porque la concentración de competencias para la gestión del estado de alarma –o, mejor dicho, de los estados de alarma– en el Gobierno de la Nación ha desviado de modo muy importante, como se acaba de explicar, la competencia judicial de primera instancia hacia el propio Tribunal Supremo, de manera que en ese ámbito concreto no se ha producido un incremento sensible de los pronunciamientos de instancias inferiores susceptibles de casación, y porque, en aquellos casos en que la litigiosidad vinculada a la pandemia sí se ha mantenido dentro de la competencia de los Tribunales Superiores, la Audiencia Nacional o los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, no ha transcurrido el tiempo suficiente para que el posible incremento de su actividad dimanante de las actuaciones administrativas vinculadas a la lucha contra la Covid-19 alcance con pleno reflejo estadístico la fase casacional. Sobre todo, en relación con todos aquellos asuntos que no se tramiten por la vía especial de la protección de los derechos fundamentales (art. 114 y ss. LJCA), puesto que como es sabido las Disposiciones adicionales segunda y tercera del RD 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, suspendieron durante toda la duración de dicho estado excepcional los plazos procesales y administrativos, excepción hecha de los mencionados procesos de derechos

fundamentales, lo que inexorablemente ha tenido que incidir en la cadencia de las impugnaciones «ordinarias» dirigidas contra las actuaciones de las Administraciones públicas.

Quizá esta misma razón sirva para entender, a falta de otros motivos aparentes, el notabilísimo descenso a la mitad en el número de procedimientos de revisión de sentencia firme, que pasan de 41 en 2019 a 22 en el ejercicio aquí reseñado. Aunque no cabe perder la esperanza de que ese descenso pudiera tener que ver con una disminución de la viciada tendencia a hacer uso de este tipo de procedimiento, igual que del error judicial (que sin embargo se mantiene en cifras similares) para articular una especie de tercera o cuarta instancia que lógicamente se frustra en la totalidad de los casos por absoluta falta de encaje de los motivos de revisión aducidos en la naturaleza y función de este tipo de procedimientos.

Especial interés sigue presentando, sin embargo, un crecimiento lento pero sostenido de los recursos de casación contra sentencias del Tribunal de Cuentas: 4 en 2016, 6 en 2017 y 2018, 7 en 2019 y 8 en 2020, cifras nada desdeñables dado el volumen global de la actividad jurisdiccional de dicho órgano. La importancia de alguno de los asuntos *de interés casacional objetivo* tratados en esos recursos, que se detallará en el apartado dedicado al análisis cualitativo del ejercicio, pone de manifiesto una revitalización imprescindible, en sede judicial, de la función constitucional del *supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público* (art. 136.1 CE), a la que es justo dejar constancia aquí que está contribuyendo de manera decisiva, como evidencia su actuación procesal en permanente coordinación con esta Sección, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas.

### 1.3.3 PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1.3.3.1 *Valoración general*

Como ya se ha dicho al examinar los resultados estadísticos del ejercicio, la actividad de la Sección en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales ha venido netamente marcada este año por la problemática derivada de la gestión normativa y judicial de la pandemia por Covid-19, y más concretamente por las impugnaciones de las normas vinculadas con la declaración y prórroga del estado de alarma, por lo que su análisis, en evitación de reiteraciones o referencias cruzadas, se aborda en el apartado temático de tratamiento obligatorio dedicado a la materia.

Más allá de esa apreciación coyuntural, resultaría inútilmente cansino reproducir un año más el lamento por la manifiesta falta de acierto legislativo en el desarrollo y aprovechamiento del potencial que supone –y que exige la Constitución, además– la tarea del Fiscal en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. La defectiva regulación de la presencia del Ministerio Público en los procesos contencioso-administrativos, a duras penas paliada en ciertos casos por la generosidad interpretativa de los tribunales, y en particular de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, arroja una imagen ciertamente decepcionante sobre la percepción que tiene el Legislador –y transmite a los ciudadanos– acerca de las enormes posibilidades que en realidad ofrece la acción de la Fiscalía en la tarea de definición, defensa y promoción de los derechos fundamentales, pero también de otros derechos y principios vinculados al interés general de una sociedad democrática dinámica y generadora de permanentes controversias sobre el alcance y disfrute de las libertades. El pobre cauce burocrático asignado a esta memoria anual como vía de propuesta de reformas legislativas (art. 181.3 LOPJ) necesitaría ser completado y superado por una tarea previa de autodescubrimiento, dentro de la propia carrera fiscal, que desafortunadamente tampoco resulta fácil en un contexto de cierta inercia corporativa y funcional, que se refleja en los más diversos aspectos del funcionamiento de la institución, y sobre todo, por su trascendencia capital a estos efectos, en la formación inicial y continuada de los fiscales.

La sensibilización, como se dice ahora, empezando por el interior y luego hacia la opinión pública, acerca del papel que puede desempeñar la Fiscalía –se pondrá algún ejemplo precisamente al tratar de la gestión de la pandemia– en el terreno de la defensa de los derechos de todos, pero sobre todo de los que tienen más difícil defenderse, es una asignatura pendiente, cuando no claramente suspendida, cuya revisión no podrá dejarse de lado si de verdad se pretende acabar de configurar de una vez el Ministerio Fiscal de la democracia, en el contexto de un reto descomunal como es la radical transformación de esta institución que va a exigir la revisión del modelo procesal penal.

### 1.3.3.2 *Asuntos más relevantes*

Aplazado como se ha dicho el tratamiento de los asuntos de la Covid-19 a su apartado específico, se recogerán aquí algunas referencias significativas, por su interés social o jurídico, a otros asuntos abordados por la Sección en el marco del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales a lo largo de año 2020.

Por dar continuidad a la memoria del año pasado, en un primer inciso cabe dejar constancia de que este ejercicio se ha caracterizado por la sucesión de sentencias que, de conformidad con la tesis de la Fiscalía, han ido desestimando la batería de pretensiones formuladas por algunos de los protagonistas del procés independentista catalán frente a una serie de decisiones de la Junta Electoral Central que afectaban a sus intereses.

Por un lado, algunos de los miembros del gobierno autonómico destituido en aplicación de las medidas aprobadas en su momento por el Senado al amparo del artículo 155 de la Constitución, posteriormente huidos de la Justicia tras ser encausados en el proceso penal incoado (y concluido para otros procesados con sentencia condenatoria) por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, abrieron un amplio frente judicial contra la interpretación efectuada por la Junta Electoral Central respecto del proceso de elección y acceso al cargo de diputados del Parlamento Europeo, al que habían optado resultando efectivamente elegidos. La interpretación del artículo 224 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y concordantes, que regulan el procedimiento y establecen los requisitos para el escrutinio de los votos, la proclamación de electos, la jura o promesa de lealtad constitucional (siendo este un punto especialmente controvertido) y la comunicación de los resultados al *Europarlamento*, fueron objeto de una serie de prolijos y reiterados recursos que, tras numerosas incidencias procesales de toda índole (quejas de falta de imparcialidad del Tribunal por razones sustancialmente políticas y en general expresadas al margen de cualquier ortodoxia procesal, reiteración de pretensiones de medidas cautelares, incidentes de nulidad, etc.), acabaron –como queda dicho– siendo rechazados uno tras otro. Se pueden citar las SSTS de 25 de mayo de 2020, rec. 243/2019; dos de 10 de junio de 2020, recs. 271/2019 y 278/2019; 23 de noviembre de 2020, rec. 51/2020; y, ya en el ejercicio siguiente, 17 de marzo de 2021, rec. 436/2019. En algunos de estos asuntos la Fiscalía mantuvo una postura favorable al planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE a fin de delimitar con exactitud hasta dónde alcanza la competencia de las autoridades españolas para regular y controlar los requisitos y el procedimiento de acceso de los eurodiputados electos a sus escaños. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo rechazó la necesidad de plantear tal cuestión puesto que, en los casos enjuiciados, las autoridades del Parlamento Europeo ya habían consentido de facto, en virtud de su propia interpretación (que, por cierto, contradecía la de la presidencia anterior) y sin un pronunciamiento judicial –ni en España ni en Luxemburgo– la toma de posesión y el ejercicio de

los cargos como diputados de los recurrentes. Aparte de que, como queda dicho, la Sala estimó por sí misma en todos los casos que las normas de la LOREG eran perfectamente aplicables sin infracción alguna del Derecho Europeo, frente a lo que pretendían dichos recurrentes.

Sin abandonar ese mismo entorno socio-político, y en buena medida argumental, también fue especialmente compleja y polémica la tramitación de los recursos interpuestos por el expresidente de la Generalitat de Cataluña, contra las resoluciones de la Junta Electoral Central que, primero, lo habían sancionado por colocar y mantener una serie de pancartas de contenido y significación política partidista en edificios públicos (en particular, en el palacio de la Generalitat) en período preelectoral –recurso que sería desestimado por STS de 15 de marzo de 2021, rec. 346/2019–, y luego habían dispuesto la retirada de su habilitación como diputado del Parlamento catalán una vez que fue condenado en vía penal como autor de un delito de desobediencia por desatender, precisamente, los requerimientos del órgano electoral para que retirase u ordenase la retirada de esos símbolos. Este último proceso dio lugar a un interesante debate en la pieza de medidas cautelares, en la que esta Fiscalía sostuvo la pretensión de que se suspendiera la eficacia de la decisión de la JEC atendiendo principalmente a la duración temporal del mandato parlamentario, por lo que entendía que la prolongación del proceso podía dar lugar a la ineficacia del recurso, aunque fuera favorable al actor, pero la Sala desestimó dicha tesis (ATS de 23 de enero de 2020, rec. 8/2020) argumentando que esa suspensión determinaría en realidad la inaplicación de la norma esgrimida por la JEC. Dicha norma era el artículo 6 LOREG, y más concretamente la disposición que establece que las causas de inelegibilidad operan como incompatibilidades sobrevenidas, de modo que la causa de inelegibilidad del artículo 6.2 (b) (*Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal*), aplicable a quien fuera en su día presidente de la Generalitat, debía determinar, a juicio de la JEC, la pérdida del escaño. Sin embargo, el recurrente entendía que, una vez incorporado efectivamente al Parlamento, solo este era ya competente para apreciar la incompatibilidad de los diputados, no estando prevista entre las causas de incompatibilidad de estos la condena no firme. A la

fecha de redactarse esta memoria no ha recaído sentencia en este procedimiento.

También informó la Fiscalía en este período otros dos recursos interpuestos por la misma persona contra sendas resoluciones sancionadoras de la JEC por infracción del deber de neutralidad que impone el artículo 50 LOREG (recursos 347 y 348/2019), que, igualmente en sintonía con la pretensión del Fiscal, se saldaron con sentencia desestimatoria, ya en 2021 (SSTS de 11 y 16 de marzo, respectivamente).

Precisamente en relación con el derecho administrativo sancionador en el ámbito electoral, y también en el contexto de la política catalana, concretamente de las elecciones al Parlament celebradas en 2017, la Fiscalía del Tribunal Supremo tuvo en este ejercicio de 2020 ocasión de pronunciarse –tras haberlo hecho el año anterior sobre el fondo de la cuestión– acerca del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de enorme trascendencia. El asunto se refería a la publicación, en un diario de tirada nacional, de una entrevista y una fotografía que ocupaba toda la portada, realizadas a una de las candidatas, cabeza de lista, justamente en la denominada jornada de reflexión. La JEC sancionó al director de la publicación por infringir el artículo 53 LOREG (*No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado*), y la Sala Tercera del Tribunal Supremo, antes de dictar sentencia, abrió el trámite previsto en el artículo 35 LOTC para que las partes –y el Fiscal– formularan alegaciones acerca del planteamiento ante el TC de la posible de inconstitucionalidad del artículo 153.1 de la misma Ley electoral, que dice: *1. Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares.*

La Sala dudaba de que esa norma cumpliera los estándares de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y legalidad sancionadora (25.2), por falta taxatividad tanto en la determinación de las conductas sancionables como de sus autores (aspecto que además afectaba a la constitucionalidad de la Ley de Prensa de 1966, en cuanto al régimen de imputación de responsabilidad a los directores de los medios), como por imprecisión de las sanciones. Por la Fiscalía se interesó la integra desestimación que fue la decisión adoptada por STC 14/2021, de 28 de enero. Es obvia la importancia de la resolución, no solo porque la anulación por inconstitucionalidad del art. 153 LOREG habría supuesto la desaparición súbita de todo el régimen sancionador administrativo del sistema electoral, sino que además contiene una explí-

cita homologación constitucional de la citada Ley de 1966, en la materia concernida. Es sin embargo recomendable la lectura de los dos votos particulares que acompañan a la sentencia, especialmente el formulado por el Excmo. Sr. Xiol Rios, que aporta una lectura novedosa del concepto –no denominado así en la ley, subraya– de *jornada de reflexión*. Desestimada la cuestión de inconstitucionalidad, la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestimó también el recurso contencioso-administrativo, contra el criterio de la Fiscalía que entendía que no se hallaba suficientemente acreditada la tipicidad de la conducta objeto de sanción.

Finalmente, también en el terreno sancionador, pero no en el marco electoral, destaca la sentencia de 12 de noviembre de 2020 (casación n.º 5247/2018), en la que, a propósito de una multa impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de conformidad con la posición del Fiscal, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reiteró su doctrina fijada en STS de 1 de octubre de 2019 (rec. 5244/2018), que ya fue objeto de comentario en la Memoria del ejercicio anterior, en el sentido de que «la aplicación del artículo 63.2 LDC no se limita necesariamente a la intervención de los representantes legales o de las personas que integran órganos directivos de las personas jurídicas, que sea determinante del acuerdo o decisión anticompetitivo o particularmente relevante, y no excluye otros tipos de intervención de menor entidad de los indicados sujetos activos del tipo infractor, incluidos los modos pasivos de participación, como la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractores sin oponerse expresamente a ellos». La consolidación jurisprudencial de esta doctrina, que engarza con otras resoluciones recientes –*vid.* la memoria correspondiente a 2019– de la Sala Tercera en relación con el régimen sancionador de la Ley de Defensa de la Competencia, resulta muy relevante en términos de seguridad jurídica y tutela de los derechos fundamentales en el procedimiento sancionador, habida cuenta de la relativa imprecisión de algunos de los preceptos de la referida ley en este ámbito, y de la enorme importancia –cualitativa y, frecuentemente, cuantitativa– de las sanciones que impone el mentado órgano regulador.

La última reseña de este apartado concierne también a esa misma función *nomofiláctica* potenciada por la reforma del recurso de casación mediante la Ley Orgánica 7/2015. Un ejemplo del funcionamiento del nuevo sistema puede hallarse en la providencia dictada el 29 de octubre de 2020 en el recurso de casación 2347/2020, en cuya virtud la Sala Tercera acuerda inadmitir a trámite el referido recurso porque «la cuestión jurídica objeto de controversia ya ha sido resuelta por la Sec-

ción Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de octubre de 2020 (RCA/2966/2019)». Esta sentencia tenía por objeto «1) [...] Determinar el grado de concreción de la información de las solicitudes de autorización de entrada en domicilio –o en la sede social de una empresa– formuladas por la Administración Tributaria, así como el alcance y extensión del control judicial de tales peticiones de autorización, y 2) Precisar los requisitos para que la autorización judicial de entrada y registro en un domicilio constitucionalmente protegido, a efectos tributarios, pueda reputarse necesaria y proporcionada, a la vista de los datos suministrados en su solicitud por la Agencia Tributaria [...]», y efectivamente en ella el TS fija una doctrina, en forma prácticamente de *libro de instrucciones*, acerca de los requisitos y exigencias que han de condicionar en estos casos la autorización judicial prevista el artículo 8.6 LJCA, perfilando –como advierte la propia sentencia– la que ya se había establecido en STS de 10 de octubre de 2019 (casación 28/18/2017). Nuevamente se trata de una cuestión de relevancia jurídica en el plano de las garantías constitucionales, puesto que –como se verá al tratar ampliamente de las medidas sanitarias urgentes adoptadas con ocasión de la pandemia– el artículo 8.6 LJCA, que regula la competencia de los Jueces de lo Contencioso-Administrativo para autorizar este tipo de actuaciones administrativas, resulta manifiestamente insuficiente a la hora de concretar tanto los aspectos sustantivos como los procesales que enmarcan esa intervención judicial, determinada, precisamente, por hallarse en juego los derechos fundamentales de las personas afectadas.

#### 1.3.4 OTROS DICTÁMENES

Más allá de la primordial intervención de la Fiscalía en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales de las personas que regulan los artículos 114 y ss. LJCA, y recordando nuevamente que toda la actividad de esta Sección vinculada con la pandemia de Covid-19 es objeto de tratamiento en el correspondiente apartado especial, cabe reseñar este año las siguientes actuaciones.

##### a) *Recursos de casación contra sentencias del Tribunal de Cuentas*

El año 2020 dejó un hito sin precedentes en la actividad de Ministerio Fiscal, que consistió en la estimación de dos recursos preparados por la Fiscalía del Tribunal de Cuentas e interpuestos –en coordina-

ción con ella— por esta Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo contra sendas sentencias del Tribunal de Cuentas.

El primer asunto, resuelto por STS de 11 de febrero de 2020 (rec. 170/2020), se refería a la suspensión del proceso a instancia de las partes que contemplan los artículos 19.4 y 179.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tras haber suspendido la consejera instructora, con arreglo a dichas normas, un procedimiento de reintegro por alcance, y después de haber prorrogado por otro igual el plazo de seis meses establecido en el citado art. 19.4, tras conferir traslado a las partes, decidió no abrir juicio y archivar el procedimiento por no apreciar indicios de responsabilidad contable. El Fiscal y la Administración afectada interpusieron recurso de apelación por entender que la pendencia de un proceso penal en fase de instrucción declarada secreta sobre los mismos hechos, que era el motivo de la suspensión solicitada, resultaba determinante precisamente —en función del conocimiento de lo actuado una vez que se alzara el secreto— para el conocimiento de esos indicios, siendo de aplicación el mencionado artículo 179.2 LEC, según el cual el procedimiento, una vez suspendido conforme al art. 19.4, solo se reanudará *si lo solicita cualquiera de las partes*, sin perjuicio de que *si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, el Secretario judicial acordará archivar provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia*, lo que no había sucedido en ese caso. Desestimado el recurso por la Sala de Enjuiciamiento, el Fiscal preparó recurso de casación que fue admitido y estimado, como se ha dicho, por el Tribunal Supremo, en términos de plena conformidad con la tesis del Fiscal.

El segundo asunto, que dio lugar a la STS de 10 de noviembre de 2020 (rec. 5332/2018), también estimatoria de la casación interpuesta por la Fiscalía, giraba igualmente en torno a la coexistencia de un proceso penal, en este caso en relación con la aplicación del régimen de prejudicialidad respecto de la prescripción. En síntesis, la cuestión debatida se centraba en determinar si la prescripción de la responsabilidad contable puede operar aun cuando los hechos estén siendo objeto, o puedan serlo, de un proceso penal. La tesis del Tribunal de Cuentas era que, en el marco autónomo de su jurisdicción, debía apreciar la prescripción de la conducta con arreglo a los criterios propios de su normativa, mientras que la Fiscalía sostenía que el apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (*Si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabi-*

*lidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos)* debía primar sobre dichos criterios, prevaleciendo los plazos de prescripción –y, lo que es especialmente importante– el modo de computarlos propios del Derecho Penal. El trasfondo de la discrepancia no era menor, puesto que, de prosperar el criterio del Tribunal de Cuentas, en el caso de los delitos continuados –en los que el *hecho delictivo* no coincide en su delimitación temporal con el *hecho físico*– la mera aplicación cronológica de los plazos de prescripción determinaba la inexistencia de responsabilidad por los hechos producidos en fecha anterior, como había sucedido en el caso de autos. El Tribunal Supremo acogió la tesis de la Fiscalía.

El resultado de estos dos recursos de casación representa, sin duda, un notable refuerzo para la eficacia de la Justicia penal en el terreno de los delitos económicos, y especialmente los relacionados con la corrupción, y acredita el enorme potencial que subyace al carácter interdisciplinar y especializado, pero coordinado en orden a la unidad de actuación, característico del Ministerio Fiscal que describe el artículo 124 de la Constitución.

#### *b) Formulación alternativa de una cuestión de inconstitucionalidad*

Al margen de la referencia a la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la LOREG, que ha sido objeto de tratamiento en el bloque temático dedicado a los procedimientos especiales de derechos fundamentales, resulta llamativa por su planteamiento la cuestión suscitada en el recurso contencioso-administrativo 517/2015, del que conoce la Sala Tercera del Tribunal Supremo en primera y única instancia, cuyo objeto es la impugnación de una norma tributaria de rango reglamentario, concretamente relativa al *canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intracomunitarias*, cuya cobertura en otra de rango legal determina, precisamente, la duda de constitucionalidad acerca de esta última. Sin embargo, lo que aquí se quiere destacar de ese procedimiento no es ni su objeto ni el contenido mismo de la cuestión de constitucionalidad, sino el hecho de que esta fuera formulada por la Sala de forma alternativa. En concreto, el Tribunal Supremo expresaba su duda sobre si el tributo al que se refería el recurso es un impuesto o una tasa, y a partir de ahí enunciaba los motivos por los que dudaba de la constitucionalidad de la norma *si es un tributo*, y los motivos, parcialmente distintos, por los que mantenía esa duda *si es una tasa*. La Fiscalía, sin oponerse al planteamiento de

la cuestión, sugirió no obstante al Tribunal que esa duda –obviamente de legalidad ordinaria y competencia del Tribunal Supremo– concierne a la naturaleza jurídica del tributo controvertido debía ser resuelta *antes* de formular la cuestión de inconstitucionalidad, entre otras razones porque el juicio de relevancia que exige el art. 35 LOTC resultaría meramente hipotético –en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional– en caso de configurarse en forma de *alternativa*. No consta a la Fiscalía, a la hora de cerrar esta memoria, ulterior actividad procesal en el procedimiento.

c) *Derivación hacia la Jurisdicción Social de la litigiosidad en materia de empleo público*

A partir de la entrada en vigor de la vigente Ley de la Jurisdicción Social se viene observando una notable tendencia del Tribunal Supremo, y en particular su Sala IV y de la especial de conflictos de competencia del art. 42 LOPJ, a desplazar hacia el ámbito jurisdiccional social toda un área de competencia que con anterioridad se ubicaba en el terreno contencioso administrativo, de manera que, salvo el régimen de los funcionarios de carrera propiamente dichos –y aun en este caso hay que excluir la materia de prevención de riesgos laborales, por aplicación del art. 2.e) LRJS– las controversias afectantes a las condiciones de trabajo de los demás empleados públicos, sean interinos o, sobre todo, personal laboral, han ido siendo asumidas progresivamente por la Jurisdicción social. En esa línea, el Auto de la Sala del art. 42 de 12 de febrero de 2020 (conflicto 13/2019) supone un hito más, al revisar la doctrina precedente que distinguía entre las reclamaciones surgidas al hilo del proceso de selección de personal, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y las cuestiones derivadas de la dinámica del contrato de trabajo ya celebrado, competencia del orden social. El Auto comentado, en contra del criterio del Ministerio Fiscal (tanto de la Sección de lo Contencioso-Administrativo como de la Sección de lo Social de la Fiscalía del Tribunal Supremo) llega a la conclusión de que «la materia sobre la que se debate es la referida a actos preparatorios o proceso selectivo de personal y encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.a. LRJS)». El Alto Tribunal profundiza así en el camino de *laboralización* de las administraciones públicas que viene caracterizando desde hace años (a partir del vigente Estatuto Básico del Empleado Público de 2015, pero sobre todo de la citada Ley de la

Jurisdicción Social) la evolución del régimen jurídico del empleo público en nuestro país.

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

Las resoluciones notificadas a la Sección en el año 2020 en asuntos en los que había intervenido el Ministerio Fiscal ascendieron a un total de 262, cifra aún inferior –en un 7,4 %– a la del ejercicio anterior (283), que ya señalábamos como escasa frente a las 346 notificaciones de 2018. Es evidente que la suspensión de plazos procesales acordada durante el primer estado de alarma, a partir de marzo, puede haber incidido de forma notable en ese leve decremento interanual, máxime cuando, como se ha podido comprobar, la especial dedicación del Fiscal al proceso especial de derechos fundamentales, no afectado por dicha suspensión, parece haber dejado de ser una verdad estadística.

De hecho, se reduce también muy sensiblemente la cifra de resoluciones notificadas en ese terreno de los derechos fundamentales (pese a que el volumen de litigiosidad relacionado con la pandemia, fue notable), pasando de 166 en 2019 a 133 en 2020, es decir, casi un 20 %. El resto de actividad procesal relacionada con la intervención de esta Fiscalía generó 129 notificaciones, 65 de ellas de autos, y 47 de sentencias. Es en este punto donde más se hace notar, inequívocamente, la interrupción de la actividad procesal subsiguiente al estado de alarma de marzo, teniendo en cuenta las cifras del año anterior: 283 resoluciones notificadas en total, de las que 89 eran autos y 75 sentencias. Esto significa, respectivamente, una reducción del 27 % y un 37 %, respectivamente.

Sin embargo, los porcentajes de conformidad de esas resoluciones con la posición de la Fiscalía se mantuvieron sustancialmente estables, con un leve descenso: sumando cifras globales, de las 183 resoluciones notificadas, 154 fueron total o parcialmente conformes con las pretensiones del Fiscal (el 84,1 %, frente 86,5 % del año precedente), alzándose este porcentaje de conformidad al 88,7 % (un 4 % menos que en 2019) en el caso de las sentencias.

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

Decíamos en la memoria del ejercicio anterior que «en medio de la tarea de redacción de estas páginas, cualquier acepción manejable de lo *ordinario* quedó (...) sepultada por la inesperada irrupción de la pande-

mia de Covid-19 que, a partir del mes de marzo de 2020, determinó un absoluto cambio de paradigma, de consecuencias aún incalculables, en innumerables ámbitos de la vida y, por supuesto, del Derecho.» El valor anticipatorio de esa reflexión se ha materializado, con creces, como es evidente, en todas las actividades del Ministerio Fiscal y, naturalmente, en el funcionamiento de la red de fiscales especialistas en la materia sobre la que se proyecta la delegación para su coordinación, conferida por la Instrucción 11/2005 al Fiscal de Sala Jefe de la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. De hecho, el evento más relevante para la articulación y cohesión de la especialidad, las Jornadas de Fiscales Especialistas, no se celebró en este ejercicio por entender que su verdadero potencial, más allá del mero intercambio de información que puede operarse sin dificultad por medios que no requieren la presencia física, reside precisamente en la posibilidad de contacto directo, intercomunicación informal y diálogo abierto e ininterrumpido durante uno o dos días y en un mismo entorno físico entre fiscales que cotidianamente se enfrentan a problemas similares con propuestas de solución diversas y en entornos distintos. La imposibilidad de trasladar esa forma de intercambio a un entorno virtual aconsejó un prudente desistimiento de la celebración de las jornadas, con la esperanzada intención de reanudarlas a finales del año 2021, si los planes de vacunación y el grado de incidencia del contagio lo permiten.

La otra consecuencia determinante de la pandemia para este apartado de la memoria es que, precisamente, desplaza su contenido a otro lugar, puesto que la considerable –por lo abundante y por la actualidad y dificultad de los problemas enfrentados– actividad del fiscal delegado se ha volcado de manera prácticamente monotemática sobre el tratamiento jurídico de la multitud de cuestiones planteadas al paso de la normativa de urgencia, la actuación administrativa y la propia *gestión judicial* de la excepcional situación que estamos viviendo. Por ello, una vez más, es en el apartado *temático* correspondiente donde se recogen las numerosas incidencias y actividades desplegadas en ese terreno.

No obstante, al hilo de la especial intensidad de trabajo –y de proyección social del mismo– que ha supuesto la pandemia para la actividad de las secciones de lo Contencioso-Administrativo de las distintas fiscalías, si conviene añadir una reflexión. Pese a la progresiva y consistente integración y capacidad de coordinación desarrollada a lo largo de los últimos años en el seno de esta especialidad, fruto del meritorio esfuerzo, la convicción, las ganas de trabajar y el interés por la materia de los fiscales que se dedican a ella, resulta aún insuficiente en algunos ámbitos de Ministerio Fiscal (paradójicamente, más que en otras instituciones) el grado de comprensión y valoración de la impor-

tancia y, en numerosas ocasiones, la especial dificultad que supone el desempeño de esta tarea.