

3. ÁREA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Al margen de la actividad directamente relacionada con los problemas jurídicos surgidos al hilo de la pandemia de COVID-19, las y los fiscales especialistas en la materia han seguido desempeñando, con la relativa normalidad que ha permitido esa anómala situación, sus funciones en los diversos ámbitos de legitimación e intervención que las leyes sustantivas y procesales reservan al Ministerio Fiscal en esta materia. Sin embargo, la incidencia del contagio y de las medidas adoptadas para prevenirlo ha sido también indiscutible en esas otras actividades, a veces en sentidos distintos y hasta contradictorios. Por ejemplo, la Fiscalía Provincial de Madrid refleja «la disminución de la entrada de recursos frente a las expulsiones de extranjeros que se llevan a cabo por el Jefe del Puesto Fronterizo del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas» debida a «la suspensión de numerosos vuelos y por tanto de entradas de extranjeros en España» (anota un efecto similar en los expedientes de expropiación) y sin embargo otras fiscalías como las de la Comunidad Valenciana –en especial Alicante– o Illes Balears dejan constancia de la complicación jurídica que ha supuesto la combinación del fenómeno de la inmigración ilegal con los problemas de contagio por Covid de los migrantes.

En ese anómalo contexto los resúmenes anuales de los Fiscales Superiores y Fiscales Jefes Provinciales arrojan, no obstante, un panorama global no muy diferente al de ejercicios anteriores en lo que afecta al resto de actividad. Sigue siendo tónica general el que, con notable diferencia, la ocupación mayor del fiscal en la Jurisdicción contenciosa se centra, cuantitativamente hablando, como por ejemplo pone de manifiesto la Fiscal de Andalucía, en la elaboración de informes de competencia, aunque las cifras pueden fluctuar a la baja (Aragón, Castilla-La Mancha, Murcia), al alza (Cantabria, Castilla y León en sus dos sedes, la Comunidad Valenciana) o mantenerse estables (Navarra) sin que sea fácil concretar el origen de esos movimientos estadísticos, si bien en ocasiones pueden detectarse alteraciones puntuales debidas a conflictos judicializados *en serie*, particularmente en materia de personal, como el que menciona en su memoria la Fiscal de Cantabria, relativo a determinadas resoluciones en materia de gestión de un hospital de esa comunidad autónoma.

Precisamente al hilo de la referencia que se acaba de hacer a los datos estadísticos, siguen produciéndose algunas observaciones críticas en relación con la solvencia de los procedimientos de recogida y tratamiento de dichos datos, como la de la Fiscalía de Castilla y León, que insiste en poner de manifiesto –como ya hiciera en el ejercicio

anterior— la «existencia de cifras que no parecen responder a la realidad», cuyo contraste con las memorias provinciales conduce a la conclusión de que «no puede confiarse excesivamente en el volcado de datos que obran en el SICC, siendo preferibles los recuentos manuales que hacen los fiscales especialistas». Esa misma fiscalía relaciona algunos problemas de configuración de las herramientas informáticas con un asunto de mayor enjundia jurídica, y por cierto no privativo de ese territorio, y es que subsiste en algunos ámbitos una notable incertidumbre —cuando no una decidida falta de diligencia— acerca de la legitimación e intervención del Fiscal en determinados procedimientos. La aparente dificultad de identificar los supuestos en que es preceptivo llamar o dar traslado al fiscal, en muchas ocasiones debida a que en los órganos judiciales esa decisión se halla en manos del personal auxiliar que materialmente tramita los procedimientos, obedece también en otros casos a dispares y a veces originales criterios de los propios titulares de los órganos judiciales, que con frecuente olvido del rango constitucional —y por tanto del valor interpretativo— del artículo 124 de la Constitución, resuelven las dudas sobre la legitimación del Fiscal (por ejemplo, como se verá, en relación con las autorizaciones de entrada en domicilio del artículo 8.6 LJCA) del modo aparentemente más cómodo, pero menos favorable a la tutela de los derechos fundamentales de los afectados: excluyéndola.

Precisamente en función de esa legitimación limitada del Ministerio Fiscal en el proceso contencioso-administrativo, y más allá del peso estadístico de la materia competencial que ya se ha reseñado, la actividad de las fiscalías en sus diversas vertientes temáticas también arroja una sustancial continuidad, no exenta de algunas singularidades dignas de un breve comentario.

En la que puede considerarse la actividad cualitativamente fundamental del Fiscal en la Jurisdicción contenciosa, el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona de los artículos 114 y ss. LJCA, siguen registrándose un año más tendencias cuantitativas contradictorias según los territorios. Si en Cataluña, Cantabria o Navarra las cifras aumentan y en la Comunidad Valenciana se produce incluso «un gran aumento», la Rioja cuantifica una disminución de «casi un 74 % con respecto al año anterior ante el TSJ de La Rioja y de un 100 % ante los juzgados de lo contencioso administrativo», que atribuye al cierre de los colegios durante la cuarentena (un efecto *colateral* más de la ya comentada incidencia operativa de la pandemia), determinante del cese de los procedimientos generados en años anteriores como consecuencia de un conflicto social relativo a la impartición de la asignatura de Islam. Madrid sin embargo registra en

este apartado exactamente la misma cifra del año anterior en el ámbito de la fiscalía autonómica (133 asuntos), aunque lo eleva sensiblemente en la provincial, que por ejemplo en el epígrafe de las contestaciones a la demanda computa un sensible incremento del 15 %, pasando de 84 en 2019 a 97 en 2020.

Dejando de lado algunas notas anecdóticas, como la que menciona el Fiscal de Castilla-La Mancha al dar cuenta de hasta dos procesos contencioso-administrativos para desalojar de su vivienda oficial a un jefe provincial de tráfico cesado, o la referencia en la memoria de Castilla y León a un procedimiento instado en Palencia «por vulneración de los derechos fundamentales de los gatos», el abanico temático de esta área de intervención del Ministerio Fiscal también se ha mantenido dentro de sus márgenes acostumbrados. Existe alguna zona relativamente novedosa, como la que señala la Fiscalía de la Comunidad Valenciana en relación con el régimen de concesión de becas universitarias en el caso de universidades privadas, conflicto que como es sabido terminó dando lugar a una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 191/2020, 2/2021, 6/2021, 19/2021 y 42/2021). Pero en su mayoría se repiten patrones de ejercicios precedentes.

En este sentido, sigue teniendo un peso considerable la materia de personal, muy especialmente en el ámbito de los procesos selectivos para el ingreso en los cuerpos de funcionarios de las distintas administraciones (Andalucía –Granada– en relación con el Servicio Andaluz de Salud, o Castilla-La Mancha, donde ya se ha convertido en una auténtica saga la colosal controversia judicial –la Fiscalía ha intervenido en un total de 293 procedimientos– generada en torno a una conflictiva sucesión de convocatorias para los distintos cuerpos de funcionarios de su sistema sanitario, el SESCAM, seguida a su vez de una no menos controvertida ejecutoria de la propia Sala del TSJ en la resolución de estos procedimientos).

También en relación con esta materia de personal, el Fiscal de Extremadura da cuenta de una cuestión que ya se ha tratado en el apartado de la memoria correspondiente a la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, concerniente a la progresiva *laboralización* del estatus jurídico de los empleados públicos que no son funcionarios de carrera, y más en concreto respecto de la competencia judicial para resolver los conflictos relacionados con el acceso al empleo, fruto –subraya el Fiscal extremeño– de «la reordenación competencial acogida por la LRJS». Concretamente se muestra atento a la doctrina de la Sala Especial de conflictos del Tribunal Supremo, ya reseñada en su lugar. Otro ejem-

plo de esa misma tendencia de la Sala Especial lo aporta la Fiscalía de la Comunidad de Madrid, que se refiere al cambio de criterio respecto de la competencia judicial para conocer de los recursos contra sanciones en materia de extranjería impuestas a empresarios por la contratación de trabajadores extranjeros que carecen de la correspondiente autorización (permiso de trabajo). Por Auto 7926/2019 –recuerda el Fiscal de Madrid– la mencionada Sala llegó a la conclusión de que, con arreglo al art. 2.n) LRJS es competente a estos efectos la Jurisdicción Social porque, pese a ser la Delegación de Gobierno quien impone la sanción, la actuación empresarial sancionada trasciende el ámbito estricto del derecho de extranjería y se extiende a lo que es propio de la materia laboral.

Ese acercamiento del régimen jurídico de trabajadores –en el sentido *laboral* originario del término– y empleados públicos arroja en ocasiones algún episodio singular, pero de enorme relevancia por el ámbito potencial de naturaleza cualitativa y, además, de expansión cuantitativa de sus consecuencias. De hecho, la misma Fiscalía de la Comunidad de Madrid reseña un supuesto en el que el conflicto ha llegado a producir, con posterioridad a su intervención, una reforma normativa. La cuestión se planteó en el procedimiento de derechos fundamentales núm. 132/2020, en el que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ dictó sentencia desestimatoria (215/2020, de 7 de junio de 2020) de un recurso interpuesto contra una resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas que había denegado la revisión de pensión de jubilación solicitada por un varón, que reclamaba el complemento *por aportación demográfica* previsto en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social (cuyo artículo 7.1.e. incluye en el sistema «a efectos de las prestaciones contributivas, los funcionarios públicos, civiles y militares») y en la Disposición adicional decimoctava del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

La aplicación que las autoridades españolas habían venido efectuando de ese complemento, entendiendo que solo tenían derecho a él las mujeres, fue rechazada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 12 de diciembre de 2019) que, en un asunto promovido por un trabajador, la declaró contraria a la Directiva 79/7/CEE (LCEur 1979,7) del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, *relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social*. El TJUE entendió, resumidamente, que la legislación española no justificaba esa aplicación de la norma solo a las personas de sexo femenino, puesto que su

fundamentación basada exclusivamente la *aportación demográfica* lo vinculaba por igual a la maternidad y a la paternidad.

En el procedimiento citado, el TSJ de Madrid conocía, sin embargo, de la pretensión de un empleado público, y pese a la existencia de ese precedente la Sala denegó, como se ha dicho, dicha pretensión, aduciendo, entre otros argumentos, la falta de *identidad* de los supuestos, por no ser aplicable al caso la doctrina europea dada la condición *no laboral* del recurrente. La Fiscalía interpuso recurso de casación alegando que, sin entrar a juzgar el sentido y la fundamentación de la decisión del TJUE, la distinción de trabajadores y funcionarios que efectuaba el TSJ de Madrid a estos efectos, visto el contenido de las normas aplicables, infringía el artículo 14 CE. Al cierre de esta memoria no consta la resolución final del procedimiento, pero sí –como se ha anticipado– la reacción del Poder Ejecutivo: mediante Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, *por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico* se ha modificado la referida normativa, introduciendo expresamente en ella esa mención a la *brecha de género* que el Tribunal europeo echaba de menos en su sentencia para entender debidamente justificada en este caso la diferencia de trato entre hombres y mujeres.

La ya citada memoria de Extremadura se hace eco también de otra clase habitual de conflictos que acercan la temática del personal al servicio de las administraciones públicas al ejercicio de derechos fundamentales de orden laboral, como los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, dando cuenta en concreto de un ejemplo de controversia –relativamente habitual, por otra parte– respecto de la constitución de una mesa de negociación.

Aporta algún otro caso encuadrable en este apartado la sede de la Fiscalía autonómica andaluza en Sevilla, en relación con la asignación de horas de *crédito sindical*. Y, por supuesto, sigue constituyendo una materia habitual de la jurisdicción contenciosa, y de la intervención del Fiscal, la imposición administrativa de servicios mínimos en supuestos de huelga (*v. gr.*, Andalucía –Granada–, donde se debatió una decisión de fijar dichos servicios en el 100 % en una huelga dentro del sector sanitario; o el País Vasco, que refleja la «especial relevancia por la trascendencia social que ha tenido» un procedimiento relativo a una de huelga de los trabajadores del ámbito de la siderometalurgia en Bizkaia y de los trabajadores de contratas de limpieza de edificios públicos).

Otra materia reiteradamente presente, en los últimos años, en las memorias de las fiscalías, como ya se ha reflejado en anteriores ejer-

cicios, es la de las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio o lugar para cuyo acceso se requiera el consentimiento del titular con el fin de ejecutar una resolución administrativa, contemplada en el artículo 8.6 LJCA a los meros efectos, sin más precisiones procesales, de atribuir su competencia al Juez de lo Contencioso-Administrativo.

La profusa utilización de esta norma para llevar a cabo, en realidad, *registros* en busca de documentación en el marco de un expediente de infracción tributaria, ha sido objeto de una larga y compleja controversia que, en alguna medida, ha venido a ser aclarada –respecto de los requisitos y condiciones que ha de reunir la solicitud para que el Juez pueda conceder la autorización– a partir de una sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2019, a la que se refiere expresamente el Fiscal de Castilla y León, cuya doctrina sería completada por otra de 1 de octubre de 2020 (rec. 2966/2019). A ella se refiere el Fiscal de Madrid subrayando que «... en su fundamento jurídico 5.º establece que: “1). La autorización de entrada debe estar conectada con la existencia de un procedimiento inspector ya abierto y cuyo inicio se haya notificado al inspeccionado, con indicación de los impuestos y periodos a que afectan las pesquisas, por derivar tal exigencia de los arts. 113 y 142 LGT. Sin la existencia de ese acto previo, que deberá acompañarse a la solicitud, el juez no podrá adoptar medida alguna en relación con la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido a efectos de práctica de pesquisas tributarias, por falta de competencia (arts. 8.6 LJCA y 91.2 LOPJ)”. Por tanto –concluye la Fiscalía madrileña– por primera vez se contempla, como presupuesto para autorizar la entrada, que el procedimiento inspector haya sido notificado al inspeccionado».

Esa misma fiscalía y unas cuantas más, como la ya citada Fiscalía de Castilla y León y la de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, por ejemplo, se refieren a otra área de aplicación de esa misma norma competencial que se ha visto sustancialmente incrementada en los últimos años (Madrid da una cifra de aumento del 81,5 %, pasando de 27 intervenciones en 2019 a 49 en 2020): la de la ejecución de las resoluciones de desalojo de viviendas de titularidad pública. Estos asuntos presentan además una problemática singular, objeto continuo de notable controversia jurídica por la dispersión de criterios judiciales, en aquellos casos en que entre los ocupantes existen menores u otras personas vulnerables que como consecuencia del desahucio pueden quedar en situación de riesgo de exclusión social. También en este terreno las mencionadas fiscalías dejan constancia del progresivo efecto clarificador de la jurisprudencia mencionando las SSTS de 23 de noviembre de 2017, 10 de diciembre de 2020 y 15

de febrero de 2021 que han ido perfilando la exigencia de que el órgano judicial tome en consideración, al motivar y adoptar su decisión, las medidas de protección y amparo que la Administración haya dotado respecto de los afectados, valorando su proporcionalidad y suficiencia en atención a las circunstancias concurrentes.

En cualquier caso, la palmaria insuficiencia normativa del art. 8.6 LJCA, que, como ya se ha apuntado, se limita a establecer una mera norma de atribución competencial, careciendo por tanto de todo contenido regulador de un procedimiento propiamente dicho, sigue arrojando dudas y generando interpretaciones a veces sorprendentes. Así sucede, por ejemplo, con la cuestión relativa a la intervención del Fiscal en esos procedimientos. A estas alturas, la Fiscalía de Canarias relata que «en este año 2020 se ha consolidado en todos los juzgados el criterio de falta de legitimación del Ministerio Fiscal, asentado fundamentalmente en el artículo 19.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», y la de Navarra, al referirse a que la reforma operada en el mismo art. 8.6 LJCA por Ley 3/2020 en materia de autorización de medidas sanitarias urgentes ha introducido expresamente en el nuevo art. 122 *quater* la exigencia de intervención del Fiscal, apunta que «parece que con la disposición legal indicada se refuerza la tesis mantenida por algunos de que el legislador no quiere que intervenga el fiscal en los mismos [los procedimientos de autorización de entrada en domicilio], ya que si hubiese querido tal intervención, lo hubiera indicado expresamente».

Como ya se ha anticipado al comienzo de este apartado, ese tipo de interpretaciones choca con un elemental entendimiento de la misión que atribuye al Ministerio Fiscal el artículo 124 CE, norma esta que -como es obvio- no debería obviarse a la hora de cumplir el artículo 5 LOPJ, que dice: «1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales (...)».

Más allá de su incidencia en los mentados procedimientos de autorización de entradas en domicilio o lugar cerrado, la actividad de la Agencia Tributaria sigue también generando un considerable grado de litigiosidad en el marco de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, de la que dan cuenta varias fiscalías. Por citar una, la de Andalucía (Málaga) deja constancia de su intervención en un complejo asunto en el que se ventilaba la supuesta actuación «en vía de hecho» -que la Fiscalía no apreciaba- de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Andalucía en un procedi-

miento de comprobación e inspección con conexiones internacionales en Suiza.

En otro orden de cosas, son frecuentes también los procedimientos de protección de derechos fundamentales en que los cargos públicos representativos (concejales, sobre todo, pero también miembros de asambleas parlamentarias autonómicas) invocan el artículo 23 CE, en su vertiente de *ius in officium*, para reclamar el acceso a información o documentos que les niegan los órganos de la propia Cámara o Corporación, o del gobierno municipal o autonómico. La Fiscalía de Sevilla llega a cuantificar este tipo de asuntos como *numerosos*.

Asimismo, hay que dar cuenta del positivo desarrollo que puede observarse, en general, respecto de la aplicación de la Circular 6/2019 relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa. A ella se refieren, entre otras, las Fiscalías de las Comunidades Autónomas Castilla y León, Navarra, País Vasco, o la provincial de Badajoz, dando noticia de un importante número de procedimientos y de la efectiva intervención del Fiscal en ellos, con arreglo a los criterios de defensa de la legalidad y, sobre todo, de tutela del derecho de los afectados a intervenir, previa su adecuada identificación y localización, en el procedimiento expropiatorio. La Fiscalía Provincial de Valencia informa incluso de la utilización con este fin, tal y como se contemplaba en la citada Circular, del incidente de nulidad de actuaciones previsto en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, con vistas a una posible impugnación ante los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

La Fiscalía de Cataluña incluye en su memoria una cuestión de notable interés, al destacar «la importancia que tiene la intervención del Fiscal en las ejecuciones, o inejecuciones, en materia de urbanismo» en ejercicio de la acción popular (art. 105 LJCA), «incluso aunque no haya sido parte en el procedimiento», de modo que si dicho procedimiento se halla en fase de ejecución de sentencia, o se pide la inejecución de esta, como establece la STS de 28 de mayo de 2008 aludiendo a la citada norma, es imprescindible oír al Fiscal, precisamente en virtud de la naturaleza *pública* de la acción. En este sentido –explica la Fiscalía catalana– se ha conseguido que la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJC dé traslado al Fiscal de todas las ejecuciones urbanísticas, no solamente cuándo se haya instado la inejecución o el acuerdo, lo que «supone un considerable trabajo que no queda reflejado suficientemente, porque los informes son muy detallados y exhaustivos y a veces no se realiza informe por escrito sino que se van estudiando los pasos que se van dando en la ejecución».

Por último, es de justicia realizar una especial alusión a la actividad que en materia contencioso-administrativa desempeña la Fiscalía de la Audiencia Nacional. La reciente decisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de elevar al TJUE, conforme a las pretensiones inicialmente sostenidas por esa Fiscalía y mantenidas después por la del TS, una cuestión prejudicial referida al régimen de gestión de los cursos para la recuperación de puntos del permiso de conducir, constituye un hito muy importante en la decisiva apuesta del Ministerio Fiscal por hacerse presente en los procesos contencioso-administrativos que tienen por objeto la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. Otras actuaciones, como su contribución decisiva a la agilización de un voluminosísimo número de procedimientos relativos a la supresión de la inscripción registral de partidos políticos que no han actualizado sus datos conforme a la legislación vigente, o la emisión de informes de una delicada trascendencia en materia de aprobación judicial de medidas *anti-COVID* adoptadas por el Gobierno de la Nación al margen del régimen jurídico del estado de alarma nuevo artículo 11.1.i) LJCA– constituyen ejemplos de la capital aportación de la Fiscalía de la Audiencia Nacional al fortalecimiento de la figura y la misión constitucional del Ministerio Público.