

1.3 Sección de lo Contencioso-Administrativo

1.3.1 ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

La Sección de lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, pese a las misiones de alto relieve que desarrolla, es una unidad de reducidas dimensiones. Su plantilla está integrada por cuatro fiscales, incluido el Fiscal Jefe, y entre el personal de soporte y apoyo a las funciones fiscales se encuentran con destino en la misma, además, una secretaria particular de la jefatura, dos funcionarias del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, dos funcionarias del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa y un miembro de personal laboral con funciones propias del Cuerpo de Auxilio Judicial. Si en las Memorias anteriores quedaba constancia de la estabilidad de los efectivos personales que integraban la Sección, el año 2021 ha traído cambios tanto en la plantilla de fiscales como en la del personal de soporte y apoyo a la función fiscal.

El anterior Fiscal Jefe de la Sección, el Excmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero fue nombrado Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional mediante Real Decreto 345/2021, de 18 de mayo. Su efectivo relevo no se produjo hasta el 13 de septiembre de 2021 cuando tomó posesión del cargo el Excmo. Sr. D. Jesús José Tirado Estrada, promovido y nombrado al efecto por Real Decreto 719/2021, de 3 de agosto. Por consiguiente, durante un periodo de casi cuatro meses la Sección desarrolló su trabajo dirigida en funciones por el fiscal con más antigüedad en la misma, el Ilmo. Sr. D. Pedro Campoy y Rebollo, quien, junto con los Ilmos. Sres. D. Ricardo Francisco González Cerrón y D. Manuel Campos Sánchez asumieron la ejecución de un intenso trabajo, especialmente exigido a raíz de las modificaciones legales introducidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, y el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, *por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*. Sin perjuicio de una ampliación posterior sobre la incidencia de tales reformas en el incremento cuantitativo y cualitativo de la actividad de la Sección a lo largo de todo el año 2021, debe subrayarse en este ejercicio la dedicación y entrega de

dichos Ilmos. Sres. Fiscales, quienes, a su gran experiencia, dominio y larga trayectoria en la materia, suman vocación e ilusión en la cumplimiento de sus cometidos, concretando un desempeño cotidiano caracterizado por el compromiso, el rigor, el interés, el esfuerzo y el estudio técnico.

En lo que se refiere al personal que ha prestado soporte y apoyo a la función fiscal, en el mes de noviembre, tras varios periodos de baja desde el 16 de junio al 10 de septiembre de 2021, se produjo la jubilación anticipada de D.^a Begoña Valbuena Rodríguez, funcionaria del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa, lo que generó que en diciembre su vacante fuera objeto de provisión por parte de D.^a Nuria Enseñat García, funcionaria del mismo cuerpo. La vacante producida en mayo por la marcha de la secretaria particular del anterior fiscal jefe, no fue cubierta hasta el 28 de diciembre de 2021 con la llegada de D.^a Aurora Gago Gómez, funcionaria del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa.

En cuanto al actual funcionamiento de la Sección es claramente tributario de la magnífica y sobresaliente gestión a su frente llevada a cabo desde 2013 por parte del Excmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero, cuya calidad jurídica, profesional e institucional son sobradamente conocidas. Es destacable la pormenorizada normativización interna de la actividad a desplegar a través de detalladas notas de servicio, instrucciones y comunicaciones dirigidas a los fiscales y al personal de gestión, tramitación y auxilio de la propia Sección. En especial, las Notas de Servicio vigentes –emitidas al amparo de lo dispuesto en el art. 22.5.a) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal– permiten advertir la seguridad y excelencia brindadas mediante el establecimiento de reglas claras y precisas en distribución y reparto de trabajo, tramitación, emisión de dictámenes, celebración de juntas, turnos de permanencia y hasta estandarización, racionalización y optimización de tareas, métodos y procesos de trabajo. Especial consideración merece, a efectos de funcionamiento interno de la Sección, la Nota de Servicio 2/2017, que en su momento derogó las previas Notas de Servicio 1/2014, 1/2015, 3/2015, 1/2016, 2/2016, y 1/2017, y solo ha necesitado de revisión posterior por Notas de Servicio 1/2018 y 1/2019 en algunos aspectos parciales. Los frutos obtenidos de dicha normativización es buena muestra el que durante el último cuatrimestre de 2021, únicamente hayan sido necesarios leves y puntuales ajustes de adaptación a las nuevas circunstancias y necesidades que han venido surgiendo como consecuencia natural de las exigencias derivadas de la evolución de la Sección ante los diferentes retos planteados por los cambios normativos y las novedosas operativas que será necesario aso-

ciar al inminente manejo de nuevos aportes tecnológicos en clave de justicia digital. Ya se han iniciado los trabajos preparatorios con el Tribunal Supremo y el Ministerio de Justicia, con la indispensable ayuda de la Unidad de Apoyo, para lograr el más adecuado, moderno y eficiente proceder operacional en materia de comunicaciones, así como de recepción y presentación de escritos y documentación mediante el empleo de sistemas, recursos e instrumentos telemáticos, lo que requiere de una certera acomodación de aplicaciones informáticas y un intenso trabajo de formación de los fiscales miembros de la plantilla y del personal de asistencia a la función fiscal.

1.3.2 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN

La Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo emitió a lo largo de 2021 el siguiente número de dictámenes clasificados por su naturaleza:

1. Recursos de casación	443
1.1 Derechos fundamentales	410
1.1.1 Personaciones	256
1.1.2 Admisión-Inadmisión	52
1.1.3 Oposición	52
1.1.4 Asistencia a vista	-
1.1.5 Interposición	4
1.1.6 Dictamen	10
1.1.7 Tasación de costas	8
1.1.8 Recurso de reposición	3
1.1.9 Otros	25
1.2 Procedimiento Ordinario	33
1.2.1 Personación	16
1.2.2 Admisión – Inadmisión	-
1.2.3 Oposición	-
1.2.4 Alegaciones	6
1.2.5 Queja	-
1.2.6 Interposición	1
1.2.7 Otros	10
1.3 Tribunal de Cuentas	9
1.3.1 Personación	5
1.3.2 Admisión-inadmisión	-

1.3.3	Nulidad	1
1.3.4	Otros	3
2.	Recurso contencioso-administrativo	124
2.1	Derechos fundamentales	54
2.1.1	Alegaciones.....	29
2.1.2	Conclusiones	7
2.1.3	Nulidad	2
2.1.4	Recursos de reposición	6
2.1.5	Otros	10
2.2	Procedimiento ordinario	70
2.2.1	Personación	3
2.2.2	Alegaciones.....	29
2.2.3	Conclusiones	9
2.2.4	Interposición	1
2.2.5	Otros	28
3.	Cuestión de inconstitucionalidad	4
4.	Cuestiones prejudiciales TJUE.....	1
5.	Nulidad de actuaciones.....	7
6.	Jurisdicción y Competencia	70
6.1	Dictamen exposición razonada.....	33
6.2	Conflicto de competencia	5
6.3	Cuestión de competencia.....	31
6.4	Conflictos de Jurisdicción	1
7.	Asistencia jurídica gratuita	29
8.	Recusaciones.....	2
9.	Errores judiciales	38
9.1	Alegaciones	25
9.2	Nulidad.....	3
9.3	Otros.....	10
10.	Recursos de revisión	33
10.1	Dictámenes.....	22
10.2	Nulidad.....	2
10.3	Otros.....	9
11.	Diligencias preprocesales	-
12.	Varios.....	19
<hr/>		
-	Totales	766
-	Proc. Derechos fundamentales.....	464
-	Resto de intervenciones en procesos judiciales	283

- Diligencias preprocesales	-
- Varios	19

La anterior relación permite apreciar un exponencial crecimiento de las intervenciones respecto de ejercicios anteriores. Sólo en recursos de casación, los dictámenes emitidos por la Sección han pasado de ser 143 en 2020 a 443 en 2021, esto es, se han incrementado en un 209,79%, destacando especialmente las cifras en los Procedimientos Especiales de Derechos Fundamentales que de 119 en 2020 han llegado a ser de 410 en el año 2021, lo que supone un aumento secuencial del 244,54%. También han subido significativamente las actuaciones fiscales en los Procedimientos Ordinarios en un 106,25%, así como en procedimientos de reclamación de errores judiciales (80,95%), recursos de revisión de sentencia firme (50%), jurisdicción y competencia (48,93%) y expedientes de asistencia jurídica gratuita (93,33%). Por el contrario, el único descenso relevante se ha producido –y en términos mucho más moderados– en los recursos contencioso administrativos directos, es decir, aquellos que la Sala Tercera del Tribunal Supremo tramita y enjuicia en única instancia, que han pasado de ser 152 en 2020 a 124 en 2021 (18,42%), permaneciendo cifras muy similares en nulidad de actuaciones.

En términos globales el incremento medio del volumen de la actividad de la Sección, en lo que a sus estrictos cometidos se refiere, ha supuesto un global del 69,84%, con una especial dedicación a los procedimientos que versan sobre derechos fundamentales que suman un total de 464, incluyendo los dictámenes emitidos tanto en sede de recursos de casación como directos, lo que comporta un aumento del 128,57%, mientras que en el resto de los procedimientos a cargo de la Sección las intervenciones han subido en un 26,90%.

La aproximación diacrónica al volumen de la actividad desarrollada durante los últimos cinco años refleja claramente el espectacular aumento de los dictámenes emitidos:

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Incremento solo 2020-2021
Total	495	461	479	406	451	766	+ 69,84%
Derechos fundamentales .	145	199	220	189	203	464	+ 128,57%
Resto proced. Judiciales .	348	252	247	198	223	283	+ 26,90%
Diligencias preprocesales .	2	4	1	2	-	-	-
Varios	-	6	11	17	25	19	-24%

Si se toma en consideración que ya en el año anterior se registraron aumentos significativos, la suma adicional conduce a la necesidad de reforzar la actual plantilla con nuevos recursos personales, dado que se ha venido asumiendo el incremento de la carga laboral sin haberse ampliado la actual plantilla de Fiscales.

1.3.3 INCIDENCIA DE LA PANDEMIA COVID-19 Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Aunque el aumento del volumen de la actividad de la Sección no ha venido solo determinado por la problemática jurídica conflictual surgida de la gestión normativa y judicial de la pandemia por COVID-19, no cabe duda que la incidencia de la misma ha tenido una relevancia notable en el ejercicio 2021 y así es de esperar que se mantenga en los próximos años.

La fuerte litigiosidad relacionada con la pandemia COVID-19 y las modificaciones legales introducidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, y el *Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*, han generado un impacto sin precedentes en la actividad del orden contencioso administrativo. Por un lado, el muy notable incremento de trabajo y una particular exigencia de dedicación urgente a tenor de los breves plazos concedidos para cumplimentar traslados apremiantes y perentorios, y por otro, por el planteamiento de cuestiones inéditas de complejidad constitucional y técnico-jurídica de hondo calado.

De especial interés resulta subrayar que en 2021 la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha elaborado, a partir de la iniciativa e intervención de la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía, una consolidada jurisprudencia en relación con la autorización judicial de medidas sanitarias que inciden o limitan derechos fundamentales estimadas como urgentes y necesarias por las Administraciones que las proponían. Doce han sido las sentencias dictadas a lo largo de este ejercicio y, de ellas, ocho denegaron las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales postuladas y solo cuatro (tres de

ellas referidas al llamado pasaporte COVID, autorizaron su entrada en vigor). Por su trascendencia en cuanto a la adopción de medidas sanitarias con destinatarios no identificados individualmente conviene reflejar sintéticamente sus pronunciamientos más significativos.

La STS 719/2021, de 24 de mayo, ya estableció unos primeros parámetros sobre la exigencia de previa autorización/ratificación judicial como *conditio sine qua non* previa de la eficacia de las medidas, la peculiaridad del procedimiento y el alcance de la ratificación, el cometido del Tribunal Supremo en los recursos de casación del art. 87 ter LJCA, el marco constitucional y legislativo aplicable, así como el contenido del control judicial a verificar sobre las medidas proyectadas por la Administración.

No obstante, especial relevancia presentó la STS 788/2021, de 3 de junio, dictada en un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en relación con medidas de limitación de libertad de circulación en horario nocturno (art.19 CE) y de un número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales (art. 21 CE). En el recurso de casación, la Fiscalía suscitó dos cuestiones de interés casacional objetivo. La primera fue si la restricción de derechos fundamentales impuesta por medidas sanitarias en la lucha contra la pandemia solo podía hacerse al amparo del estado de alarma; y la segunda, para el caso de que la respuesta a la anterior fuese negativa, si la legislación ordinaria –incluido el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986– daba cobertura o fundamento normativo suficiente para imponer restricciones de derechos fundamentales de personas distintas de los enfermos y de su entorno inmediato, de manera que puedan afectar a toda la colectividad. En el FD 6 de la Sentencia, respondiendo a la primera cuestión, se señaló que de la STS n.º 719/2021 ya se desprendería que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del COVID-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma, puesto que, al menos en ciertos supuestos, la legislación sanitaria proporciona fundamento normativo suficiente. La restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución Española con alcance general. La restricción de derechos fundamentales –y más aún su suspensión– en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional. El medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo, superar el jui-

cio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I. En el FD 7.º, contestando a la segunda cuestión (idoneidad de la vigente legislación sanitaria para dar cobertura o fundamento normativo a tales restricciones), se declaró que el carácter escueto y genérico del art. 3 LO 3/1986, relativo a medidas extraordinarias por alerta sanitaria, no priva de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas (toque de queda y limitación de número máximo de personas en reuniones), pudiéndose utilizar como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias, a la vista de las circunstancias específicas del caso, esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate y, ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y extensas por generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

La STS 792/2021, de 3 de junio, relativa al confinamiento perimetral de un municipio, reiteró sobre el art. 3 LO 3/1986 que este precepto, que no permite adoptar medidas en cualquier circunstancia, sí lo autoriza en aquellas situaciones de enfermedades de carácter transmisible de la gravedad y necesidad que se desprende del enunciado del precepto. Se trata, dice la sentencia, de una precisión objetiva que identifica el contexto en el que ha de situarse el «control de los enfermos», el de las «personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos» y el «del medio ambiente inmediato» a que alude ese artículo. Por eso, *«según se cuentan los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general»*. Sin embargo, también se precisó que la clave está en la justificación ofrecida por la Administración para considerar necesaria la medida, cuya suficiencia debía ser examinada por la Sala a la que se pide ratificación y que ni el art. 3 LO 3/1986, ni el art. 26 Ley 14/1986, ni el art. 54 Ley 33/2011 son cláusulas en blanco que apoderen a la autoridad sanitaria para cualquier cosa en cualquier momento.

La STS 794/2021, de 3 de junio, reafirmó la falta de competencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo para conocer de las impugnacio-

nes contra los Reales Decretos de declaración y prórroga del Estado de Alarma (ya descartada en los AATS de 5-11-20; 4 y 19-5-2020) y la legitimación exclusiva en este tipo de procedimientos –como ya indicó la STS 719/2021– del MF, la Administración autora del acto y en su caso el Abogado del Estado (si las medidas proceden de declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud, aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud), una vez que nada había establecido la LJCA sobre la hipotética legitimación de ciudadanos afectados individualmente por la restricción colectiva que implican los artículos 10.8 y 11.1.i) LJCA, a diferencia de lo que sucede con el recurso de apelación ex art. 80.d) LJCA, contra los autos del art. 8.6. LJCA en que las restricciones están individualizadas.

La STS 875/2021, de 17 de junio, resume en su FD 4.º la jurisprudencia anterior en una serie de puntos que se repetirán en sentencias posteriores (entre otras, la STS 1104/2021, de 19 de agosto), y en contra del criterio de la Sala del Tribunal Superior de Justicia interviniente, que había considerado que fuera del estado de alarma no cabe una limitación de derechos fundamentales como el confinamiento, señaló que si, como consecuencia de la evolución favorable de la crisis sanitaria, ya no es preciso adoptar las medidas extraordinarias propias del estado de alarma, las autoridades sanitarias autonómicas retoman el ejercicio de las potestades en la materia que le son propias, si bien es carga de la Administración justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido así como la inexistencia de otras medidas alternativas.

La STS 920/2021, de 24 de junio, únicamente se pronunció en favor de la aplicación de las reglas generales sobre representación y actuación procesal de las Administraciones en lo referente a la presentación de las solicitudes de ratificación de medidas restrictivas de derechos fundamentales a adoptar con arreglo a la legislación sanitaria y consideradas urgentes y necesarias para la salud pública.

La STS 1079/2021, de 21 de julio, autorizó el confinamiento perimetral de un municipio que la Sala del Tribunal Superior de Justicia interviniente había denegado al apreciar una palmaria falta de motivación en relación con la intensidad de la medida pretendida a la vista del «brevísimo informe» presentado por la Administración. A su juicio no había cumplido con la carga que le correspondía, ni había explicado la necesidad del confinamiento ni indicado si cabían otras formas de reducir los contagios menos agresivas. Además se entendió que la orden pretendida era contraria al Derecho de la Unión Europea, concretamente al Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Euro-

peo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, en la medida en que hacía tabla rasa de todos los ciudadanos sin tener en cuenta a aquellos que ya están inmunizados, siendo que los considerandos del Reglamento recogen que las personas vacunadas «parecen tener un riesgo reducido de infectar a otras» y que las restricciones que sean necesarias «podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas». Frente a ello, el Tribunal Supremo expresó (i) que la carga que pesa sobre la Administración no le obliga a presentar informes prolijos, ni se traduce en la exigencia de que se extiendan a lo largo de un número determinado de páginas y podían responder al mismo patrón; y (ii) que el Reglamento no impide la ratificación de la orden y no determina su suerte (no es contraria al mismo) puesto que su objeto principal es establecer un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 para facilitar la libre circulación de sus titulares durante la pandemia y contribuir a la supresión gradual de las restricciones establecidas por los Estados miembros (finalidad ésta que no se agota en facilitar la libertad de circulación en sentido estricto, ya que estos documentos pueden ser requeridos para fines conexos, tal como está sucediendo) y expresamente su art. 11 salva la competencia de los Estados miembros para establecer restricciones por salud pública y acepta, incluso, que se impongan también a los titulares de los certificados en las condiciones que indica.

La STS 1103/2021, de 18 de agosto, ratificando el criterio de la Sala del Tribunal Superior de Justicia interviniente, no autorizó la exigencia del llamado certificado COVID-19, que calificó como restricción al derecho fundamental a la intimidad 18.1 CE con incidencia en el principio de no discriminación del art. 14 CE, con fundamento en que (i) la medida se postula para el conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución; y (ii) el informe sanitario sobre situación epidemiológica no incorporaba una explicación suficiente sobre la necesidad de adoptarla, ni un juicio comparativo con otras eventuales opciones menos limitativas de dichos derechos que permita concluir que la finalidad de evitar los contagios y de control de la pandemia sólo pudiera alcanzarse con la medida analizada por no existir otros medios adecuados y menos invasivos para la obtención del fin perseguido, ni motivaba las razones por las que se circunscribía la exigencia documental o a través de pruebas exclusivamente a los locales de ocio con música, y no a otros establecimientos similares o con semejante problemática, ni se aportaban razones apropiadas relativas a la falta de previsión de la duración de la medida que se contempla de

forma indefinida y permanente, siendo insuficiente la mera referencia genérica de que se supedita a la posterior forma en que evolucione la pandemia, quedando abierta la vigencia de la medida.

La STS 1104/2021, de 19 de agosto –dictada en relación con práctica de pruebas diagnósticas de antígenos y de infección activa (PDIA) para ingresados, reingresados, trasladados temporalmente o en estancia temporal y trabajadores en residencias de mayores y centros residenciales de personas con discapacidad grave, menores y otros–. En este caso denegó las medidas al no suministrarse los elementos adecuados indispensables que permitan valorar si la limitación pretendida es acorde con el principio de proporcionalidad al no figurar datos concretos, precisos y detallados sobre las residencias y la incidencia singular en las mismas. Subrayó la Sala 3.^a que la corrección y ratificación de las medidas no puede basarse en el principio de precaución o de prevención. Aunque el componente precautorio subyace en toda medida sanitaria, el art. 3 LOSEP 3/86 no confiere habilitación para la adopción de medidas bajo cualquier circunstancia, ya que tal precepto fija un ámbito subjetivo, sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general, y no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

La STS 1110/2021, de 13 de septiembre, también emitida a raíz de un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en relación con una medida relativa a la fijación de un número máximo de personas en reuniones privadas –que afectaba a los derechos de intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 18.1 CE. y de reunión del art. 21 CE–. La Sala apreció la proporcionalidad y autorizó las medidas en atención al espacio territorial al que afectaba y a su duración, valorando la notoriedad de los contagios en espacios privados por la relajación de otras medidas y poniendo de relieve que carecería de lógica decir que en el espacio público no puede haber reuniones de más de cuatro personas no convivientes y, sin embargo, ello sea posible en el espacio privado con el riesgo de trasmisión que representa dicho espacio si se produce una elevada asistencia de personas y una relajación de las medidas en un entorno de confianza. Además, la Sala afirma también que la medida de limitación a cuatro personas tiene como fin reducir la tasa de ataque secundaria, es decir, la probabilidad de generar casos secundarios entre los asistentes a dicha reunión, tanto por reducirse la probabilidad de que hubiera un caso primario entre ellos, como el número de personas expuestas al mismo.

La STS 1112/2021, de 14 de septiembre, que versó sobre el pasaporte COVID-19, no compartió la tesis de la Administración recurrente que consideraba que no procedía solicitar la autorización o

ratificación judicial, toda vez que su mera exhibición para entrar en algunos establecimientos no guardaba relación, ni suponía afectación alguna, de los derechos fundamentales. De hecho precisó que sí los afectaba y requería autorización/ratificación judicial recalcando que esta únicamente puede obviarse cuando la falta de restricción o limitación de los derechos fundamentales es manifiesta, evidente, ostensible, indiscutible y palmaria. En concreto el Tribunal Supremo señala (i) que en el caso del derecho a la igualdad (art. 14 CE), la afectación o limitación puede sostenerse en la medida que unos ciudadanos se ven privados del acceso al interior de determinados establecimientos por no disponer o no querer exhibir la documentación requerida, ni someterse a ninguna prueba, es decir, por no acreditar haber sido vacunado, haberse realizado las pruebas exigidas, o por no constar que se ha recuperado de la enfermedad, debiendo repararse, a estos efectos, en que la vacunación es voluntaria y que por razones médicas puede haber personas que no pueden ser vacunadas; (ii) que el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), por su parte, puede resultar concernido, y restringido, en la medida que se considere que la exhibición de dicha documentación está poniendo de manifiesto datos de carácter íntimo, sobre la salud, que se refieren a ese reducto personal y familiar que protege el derecho a la intimidad, aunque únicamente se refiera a poner de manifiesto si ha sido vacunado o no, o se ha pasado la enfermedad; y (iii) que por lo que se refiere al derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) que efectivamente protege no solo los datos íntimos, sino cualquier información relativa a la persona, también podría verse concernido, si entendiéramos que la circunstancia de haberse vacunado, o no, fuera un dato personal, que aunque no pertenezca a la esfera íntima de la persona, sí es un dato relativo a su privacidad, que está especialmente protegido cuando es objeto de tratamiento. No obstante, esta sentencia concluye que la limitación o restricción sobre derechos fundamentales que comporta es tenue, adecuada y acorde con las exigencias derivadas de la protección a la salud. La exhibición del pasaporte COVID para la entrada en el interior de determinados establecimientos en los que se produce una gran afluencia de personas, tales como los de ocio nocturno, resulta adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud, porque se refiere a locales donde la entrada es voluntaria y donde no se realizan actividades esenciales, a los que se tenga la obligación de acudir. No vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están ya que la documentación reviste una triple modalidad, que resulta asequible a todos, de modo que quien no quiere mostrar si ha sido o no vacunado,

teniendo en cuenta el carácter voluntario de la misma, puede presentar el resultado de la prueba PDIA o el test de antígenos, y desde luego el certificado de recuperación de la COVID-19 si ha pasado la infección. En todo caso, concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida que evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles no lo son al basarse en razones que resultan jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud. Tampoco vulnera el derecho a la intimidad pues no puede ser prevalente ante la protección de la salud pública, toda vez que la información sobre si se ha recibido la vacuna o no, en momentos en los que se atraviesa una pandemia, es una pieza básica y esencial para impedir la propagación de la infección por el SARS-CoV-2 y, por tanto, de la preservación de la vida y la salud de todos. Y es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso. No parece coherente que el derecho a la intimidad deba ceder frente a bienes jurídicamente protegidos como las investigaciones de la inspección tributaria (STC 110/1984, de 26 de noviembre), o la investigación de la paternidad (STC 7/1994, de 17 de enero), y sin embargo haya de resultar preferente y prevalente frente a circunstancias tan graves y desoladoras para la vida y la salud pública como las que acarrea la COVID-19. No se obliga a proporcionar datos médicos contenidos solo en las historias clínicas, siendo que el art. 16.3 Ley 41/2002 permite el acceso de Administraciones sanitarias en caso de necesidad por riesgo o peligro grave para la salud de la población. No vulnera el derecho fundamental a la protección de datos pues no se aprecia limitación alguna, cuando lo que se establece, para entrar en el interior de un determinado establecimiento, es la mera exhibición, esto es, enseñar o mostrar la documentación en cualquiera de las tres modalidades exigidas, sin que, desde luego, puedan recogerse los datos de los asistentes a tales locales, ni pueda elaborarse un fichero, ni hacer un tratamiento informático al respecto. Y aun reconociendo una posible mayor incidencia sobre el derecho a la libre circulación de las personas, la sentencia subraya,

por un lado, que lo contempla el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia COVID-19, en el que se indica que resulta conforme con el Derecho de la Unión que los Estados miembros puedan limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública; y por otro, que la misma medida la establecen otros países de la Unión Europea incluso con mayor amplitud. A diferencia del caso en la STS 1103/2021, de 18 de agosto, en que la medida que se contemplaba de forma indefinida y permanente y afectaba al «conjunto del territorio de Andalucía, de forma general, aplicable a toda la población y municipios andaluces con independencia de la tasa de incidencia y sin vinculación a su situación sanitaria y a su evolución», en este caso la exigencia de pasaporte COVID se considera debidamente justificada como adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto, en la medida en que reviste carácter temporal y no se postula para su implantación de forma indiscriminada en todo el territorio de una Comunidad Autónoma, haciéndose tabla rasa de la diferente incidencia de la pandemia sobre las diferentes zonas del territorio (en la orden propuesta se establece una suerte de mapa que gradúa la incidencia de la pandemia en cada lugar, fijándose al efecto diversos niveles de restricción, según la gravedad de la incidencia de la COVID-19 en los diferentes municipios; y en cada uno de los cuatro niveles de restricción previstos: máximo, alto, medio y bajo, se incluyen y relacionan, según el anexo de la orden, los diferentes municipios que se encuentran en cada nivel).

La STS 1412/2021, de 14 de septiembre, también referida a la exhibición de pasaporte COVID-19, viene a reiterar la doctrina jurisprudencial de la STS 1112/202, de 14 de septiembre.

En cualquier caso, en el escenario pandémico generado por la COVID-19, si bien el alto grado de incertidumbre inicial puesto de manifiesto en su momento en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al ejercicio 2020 ha sido suplido en parte por esta jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (así como por los pronunciamientos de las distintas Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en los diversos tipos de procedimientos contencioso-administrativos involucrados, en especial, los tramitados en relación con la autorización judicial de medidas

sanitarias en virtud de lo establecido en los arts. 8.6, 10.8, 11.i y 122 quater de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*), lo cierto es que cabe coincidir con la apreciación del Tribunal Supremo de que el art. 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de *Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*, «pensado para brotes infecciosos aislados, resulta «innegablemente escueto y genérico» y que «las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual» (por todas, STS 788/2021, de 3 de junio, FD 7.º), por más que interpretado en conexión con los arts. 26 Ley 14/1986 y 54 Ley 33/2011, aquel precepto venga sirviendo de fundamento legal para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Por demás, una completa referencia a la respuesta jurisdiccional existente sobre la pandemia requiere hacer mención a la incidencia de la doctrina constitucional de las SSTC 148/2021, de 14 de julio, y 183/2021, de 27 de octubre, en los recursos contencioso-administrativos de derechos fundamentales u ordinarios entablados por particulares y asociaciones contra las medidas adoptadas bajo el paraguas de los estados de alarma establecidos mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

La STC 148/2021, de 14 de julio, estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, determinando en particular la nulidad parcial de los preceptos restrictivos de libertad de circulación del art. 19 CE (art. 7, apartados 1, 3 y 5) y habilitantes de que el ministro de Sanidad pudiese variar (ampliar o modificar) las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas (art. 10, apartado 6, en la redacción resultante del artículo único, apartado 2, del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo).

La STC 183/2021, de 27 de octubre, también estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra (i) el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; (ii) la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Con-

greso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto, y (iii) el art. 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres) del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020¹.

Pues bien, ambas sentencias –aunque con particular intensidad la segunda– han tenido una repercusión inmediata en los múltiples procedimientos ordinarios, de derechos fundamentales y recursos de casación entablados en relación con las medidas adoptadas en su momento por las correspondientes autoridades bajo la habilitación de los Reales Decretos reseñados. La propia Sala abrió un trámite para que el Ministerio Fiscal se pronunciase sobre la incidencia de las resoluciones de la jurisdicción constitucional y con ocasión de dicho traslado se informó en el sentido de que, constitucionalmente tachada la correspondiente habilitación legal y en el segundo caso, especialmente reprochada la delegación realizada en favor de los Presidentes de las Comunidades Autónomas, las disposiciones dictadas en virtud de las mismas debían ser declaradas nulas, estimando total o parcialmente,

¹ En virtud de esta STC 183/2021 se declararon inconstitucionales y nulos los preceptos relativos a la designación de autoridades competentes delegadas y atribución de potestades tanto de restricción de las libertades de circulación y reunión en espacios públicos, privados y de culto, como de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto de declaración del estado de alarma; así como la extensión temporal de su prórroga y el régimen de rendición de cuentas establecido para su vigencia (en concreto se declararon inconstitucionales los siguientes preceptos o incisos de preceptos: A) Del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2: a) los apartados 2 y 3 del art. 2; b) el apartado 2 del art. 5; c) el inciso «delegada que corresponda» del apartado 2 del art. 6; d) el apartado 2 del art. 7; e) el inciso «delegada correspondiente» del art. 8; f) los apartados 1 (salvo el inciso inicial de su párrafo segundo) y 2 (salvo su párrafo primero) del art. 9; el art. 10; h) el art. 11. B) Del acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2020, por el que se autorizó la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: a) el apartado segundo; b) el apartado cuarto, en cuanto dio nueva redacción a los arts. 9 (salvo en lo relativo al inciso primero de su párrafo segundo), 10 y 14 del Real Decreto 926/2020. Respecto a los dos primeros párrafos de este último precepto, la declaración de inconstitucionalidad afecta exclusivamente a los incisos «cada dos meses» (párrafo primero) y «con periodicidad mensual» (párrafo segundo); c) el apartado quinto. C) Del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó, en virtud del anterior Acuerdo parlamentario, el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: a) el inciso primero del párrafo segundo del art. 2: «La prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 del día 9 de mayo de 2021»; b) la disposición transitoria única; c) los apartados uno y dos de la disposición final primera, en cuanto dieron nueva redacción a los arts. 9 y 10 del Real Decreto 926/2020. Se exceptúa de esta declaración el inciso primero del párrafo segundo del art. 9; d) el apartado tres de la disposición final primera, en cuanto dio nueva redacción al art. 14 del Real Decreto 926/2020. Respecto de los dos primeros párrafos de este art. 14, la declaración de inconstitucionalidad afecta exclusivamente a los incisos «cada dos meses» (párrafo primero) y «con periodicidad mensual» (párrafo segundo).

según los casos, los recursos interpuestos, criterio que ya ha sido acogido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo tanto en su Sentencia núm. 60/2022, de 25 de enero, que estima el recurso contencioso-administrativo núm. 25/2021 interpuesto por el procedimiento especial de derechos fundamentales contra el Decreto 2/2021, de 24 de enero, del Presidente de la Generalidad Valenciana por el que se limita la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, se prorroga la medida de restricción de la entrada y la salida de personas del territorio de la Comunidad Valenciana y se limita, durante los fines de semana y los días festivos, la entrada y la salida de los municipios y grupos de municipios con población superior a 50.000 habitantes; como en su Sentencia núm. 126/2022, de 3 de febrero, que estima el recurso contencioso administrativo núm. 19/2021 tramitado por vía de Procedimiento Ordinario contra el Acuerdo 3/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León, por el que se adoptan medidas como autoridad competente delegada, para la aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, en el que se adoptaban una serie de limitaciones a la permanencia de personas en lugares de culto (no superación de un tercio del aforo, con un límite máximo de 25 personas).

1.3.4 OTROS ASUNTOS DE INTERÉS

Pese a resultar de especial trascendencia, no ha sido la conflictividad provocada por la pandemia por COVID-19 la única que ha generado asuntos merecedores de especial comentario. En el espacio necesariamente limitado de un apartado como el presente, es digno de destacarse, por su complejidad jurídica, la actividad desplegada en relación con los procesos selectivos convocados por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM). El origen del actual estado de los recursos asumidos en la Sección se encuentra en que la Sentencia de 2 de enero de 2014, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 195/2012, anuló la base 6.2.1 de los procesos selectivos convocados por el SESCAM por Resolución de 5 de octubre de 2009. La ejecución que el SESCAM realizó de dicha sentencia y de otras posteriores dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en relación a la nulidad en la citada base, se sustentó en el criterio de que si la suma de las notas de la oposición y del concurso determinaba que el recurrente había obtenido una nota final superior a

la del último opositor aprobado, era nombrado personal estatutario fijo de la categoría que procediera. Así las cosas, la situación cambió con la revisión de oficio universal para todas las categorías y grupos de los referidos procesos selectivos, lo que se llevó a cabo por la Dirección General de Recursos Humanos del SESCAM, culminando con la Resolución de 9 de octubre de 2019, de la que resultó una nueva nota final diferente y superior a la del proceso selectivo concluido y recurrido, que pasó de 50,37 puntos a 61,58 puntos, lo que se pretendió aplicar a todos los recurrentes pendientes de sentencia, e incluso a los numerosos recurrentes que obtuvieron sentencias favorables. Ante el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, en los muy numerosos recursos de casación preparados, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, precisó –en sus autos de admisión de los correspondientes recursos de casación formulados– que las cuestiones en que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son, primero: «Si resulta conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, la revisión general acordada por la Administración, en virtud de la anulación de una base de la convocatoria de un proceso selectivo, que da lugar al reconocimiento del derecho a ser incluidos en la lista de aprobados, a los aspirantes que superen la nota que resulta de ese proceso de revisión y con respeto a los que en la lista inicial habían superado el proceso»; y segundo: «Como consecuencia de lo anterior, cuando se trata de adjudicar una plaza al aspirante en un proceso selectivo, tras obtener por vía de revisión de actos nulos la posibilidad de superar la fase de oposición y pasar a la fase de méritos, cuál debe ser la nota de referencia que hay que tener en cuenta, si la del último aprobado en su día o la nueva nota que resulta del proceso de revisión, de acuerdo con el número máximo de plazas convocadas y sin perjuicio de terceros de buena fe. Identificándose como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 23.2, 14 y 103.3 CE». Pues bien, la anterior situación determinó la interposición de un elevadísimo número de recursos de casación, ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, habiendo tenido entrada, durante 2021, un total de 232 asuntos, seguidos por el trámite del procedimiento especial de derechos fundamentales, en los que el Ministerio Fiscal ha formulado escrito de personación y escrito de alegaciones en los 25 asuntos en los que se ha admitido el recurso de casación. La posición seguida por esta Sección de lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo pasa por sostener que, sin objetar la revisión de oficio llevada a cabo por la administración en el ejercicio de sus potestades y facultades administrativas

en 2018, se pudo y debió adoptar el criterio seguido en la ejecución de las sentencias anteriores a esa fecha, no estando justificado ni razonado el cambio, ya que la revisión de oficio no ha garantizado la igualdad una vez que en el mismo proceso selectivo la administración procedió a cambiar su criterio en función de que se trate de la ejecución de una resolución judicial, o de su propia revisión de oficio general, reevaluando a todos los opositores y confeccionando una nueva lista de aprobados y de aspirantes que han obtenido plaza, y ello con la consecuencia perversa de que de no haberse llevado a efecto la revisión general, los recurrentes no incluidos en el listado de 2011 habrían sido incluidos en la lista de aprobados y obtenido la plaza, derecho que le niega la sentencia impugnada precisamente con motivo de la revisión de oficio. Así mismo se entiende que, salvaguardados los derechos de los aspirantes de buena fe incluidos en la relación de aprobados de 2011, acreditados los méritos y capacidades de los recurrentes, el cambio de criterio de la administración materializado en su revisión de oficio vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues no impone necesariamente la revaluación de todos los opositores, sino la de los opositores que obtuvieron al menos 25 puntos. En suma, la revisión de oficio no impone necesariamente por exigencia de tales principios el otorgamiento del aprobado y plaza con relación a la nota revisada, toda vez, que la nota que garantiza esos principios es precisamente la nota del último opositor aprobado e incluido en la relación de 14 de marzo de 2011, por lo que se ha propugnado que se fije como doctrina de la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo, que *«La revisión de oficio de un proceso selectivo llevada a cabo por la administración con motivo de la nulidad de una de las bases de la convocatoria, se produzca con motivo de la ejecución de una sentencia o se lleve a efecto por la propia administración en el ejercicio de su potestad de revisión de oficio, no puede ni debe afectar a la seguridad jurídica del proceso, ni justificar un trato diferente a cuantos opositores hubieran participado en el mismo»*. A la fecha de elaboración de la presente Memoria, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, ha dictado y notificado en la Sección de lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, un total de 9 resoluciones, y en todas ellas, desde las primeras Sentencias, núm. 1636/2020, de 1 de diciembre de 2020 (rec. casación núm. 3857/2019) y núm. 1282/2021, de 29 de octubre de 2021. (rec. casación núm. 4697) se ha seguido el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal.