

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 integra originariamente a cuatro fiscales, incluido el Fiscal Jefe. En el momento de redactar esta memoria son dos fiscales los que integran la plantilla, además del Jefe, estando adscritos a la sección otros dos Fiscales de Sala del Tribunal Supremo. Ha causado baja en la sección D. Pedro Campoy y Rebollo, a quien se agradecen los servicios prestados.

El personal de soporte y apoyo a las funciones fiscales se compone de una secretaria particular de la jefatura, dos funcionarias del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa (una de ellas por habilitación), dos funcionarios del Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa y un miembro personal laboral con funciones propias del Cuerpo de Auxilio Judicial. La adscripción de los antedichos fiscales de Sala ha incorporado a este personal a sus secretarías particulares, una trabaja como gestora y otra como tramitadora.

A lo largo del ejercicio se ha acabado por consolidar un definitivo avance para la integración de la Fiscalía con el sistema de comunicaciones electrónicas y expediente judicial electrónico de la correspondiente Sala del Tribunal Supremo.

El todavía heterogéneo afianzamiento de la implantación del expediente digital en el Estado hace que unos procedimientos de origen procedentes de unos territorios estén en dicho formato y otros no, lo que incide en la diferente puesta a disposición material del expediente, con efectos procesales ligados a ello.

Los dictámenes de la Fiscalía se producen en formato electrónico, con firma electrónica y son comunicados en ese formato al Tribunal para su integración en el expediente.

1.3.2 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN

El volumen de trabajo de la Sección ha quedado lógicamente afectado por la propia capacidad de la Sala para la tramitación y resolución de los asuntos. No es baladí significar que en la actualidad existe un notable número de vacantes (30% de falta de cobertura) en los cargos de Magistrado de la Sala Tercera por la situación generada por la imposibilidad legal de que se produzcan nuevos nombramientos por parte del Consejo General del Poder Judicial. El notable sobreesfuerzo

de los Magistrados restantes ha minimizado, pero no neutralizado totalmente el déficit consecuente.

El cambio a la gestión electrónica y su vinculación a la aplicación judicial Minerva incidió radicalmente en la disponibilidad de la información. En el mes de abril se cambió el cuadro estadístico para recoger con más detalle y sistematización la actividad que se desarrolla. Esa importante transformación del modelo ha supuesto que se haya roto la homogeneidad necesaria para hacer una comparativa fiable entre ejercicios, por lo que no será hasta el siguiente cuando ello se pueda llevar a cabo de cara a extraer conclusiones más certeras y aprovechables.

ASUNTOS REGISTRADOS	
Asuntos jefatura	42
Rec. ordinario	43
Cuestión de competencia	251
Rec. revisión/reposición	9
Error judicial	25
Recurso de queja	
Recurso casación	149
Asistencia jurídica gratuita	18
Cuestión de inconstitucionalidad	2
Total	539

Informes emitidos	2023	2022
Recursos de casación	352	
Personación/admisión	75	119
Personación/inadmisión	130	101
Interposición	6	4
Contestación	75	257
Estimar	21	
Desestimar	54	
Incidente de nulidad actuaciones	2	
Vistas		
Otros dictámenes	64	43
Procedimiento ordinario	58	
Contestación	22	30
Estimar	8	
Desestimar	14	

Informes emitidos	2023	2022
Incidente de nulidad actuaciones		
Otros dictámenes	36	49
Competencia	247	241
Cuestiones de competencia	246	
Conflictos de jurisdicción	1	
Recursos de revisión	39	51
Contestación.	25	
Estimar	4	
Desestimar	21	
Incidente de nulidad actuaciones		
Otros dictámenes	14	
Procedimientos de error judicial	45	31
Contestación.	29	
Estimar	1	
Desestimar	28	
Incidente de nulidad actuaciones		
Otros dictámenes	16	
Cuestiones de inconstitucionalidad	2	4
Proposición	2	
Audiencia		
Cuestiones prejudiciales TJUE		1
Proposición		
Audiencia		
Recusaciones	4	9
Admisión/inadmisión	4	
Estimar		
Desestimar	4	
Asistencia jurídica gratuita	19	35
Sostenibilidad.		
Insostenibilidad	19	
Asuntos de jefatura	43	
Informes legislativos	2	
Otros.	41	
Total	809	

1.3.3 CUESTIONES JURÍDICAS DE INTERÉS SURGIDAS DEL DESPACHO DE LA SECCIÓN

1.3.3.1 *Casación*

La actual orientación de la casación y la naturaleza profundamente social de las cuestiones que se dilucidan en esta jurisdicción merece una referencia sintética a algunos hitos jurisprudenciales sentados a lo largo del periodo en alto grado de consonancia con las alegaciones presentadas por el Ministerio Fiscal.

1. Tributario

– Se produce un cambio de criterio respecto a la sujeción al IRPF de los intereses de demora abonados por la Agencia Tributaria al efectuar una devolución de ingresos indebidos. A partir de ahora se declara que están sujetos al IRPF al ser considerados una ganancia patrimonial que constituye renta general (ex STS 24, de 12 de enero de 2023 RRC; 2059/20).

– No vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio la entrada en el de la sociedad con consentimiento de su representante legal para el examen y copia de la documentación tributaria relevante que obra en el ordenador de la empresa y en el servidor. En términos generales, tampoco lesiona el derecho al secreto de las comunicaciones el acceso a correos electrónicos almacenados en el ordenador de la empresa y en su servidor. La actuación administrativa no es desproporcionada cuando se ajusta a los términos previstos en los artículos 142.1 y 151.3 LGT (ex STS 4.ª 795, de 14 de junio de 2023; RC 6104/22).

– Frente a la declaración legal de que el miembro de una unidad familiar es responsable solidario por la deuda tributaria generada a resultas de una declaración conjunta por IRPF, hay que entender que esa responsabilidad no puede exigirse de aquellos miembros que carecían de renta en el ejercicio que dio lugar a la declaración, toda vez que se trata de un impuesto personal y directo. Supone especialmente una discriminación respecto del menor integrado en la unidad familiar, que no contribuyó en la producción de esa deuda ni ha incurrido en ninguna conducta ilegal fraudulenta relativa a la eventual ocultación de bienes (ex STS 4.ª 989, de 13 de julio de 2023; RC 6662/22).

– Desde la perspectiva del derecho fundamental a la intimidad no resulta necesario obtener autorización judicial o consentimiento del titular para proceder al precinto de una caja de seguridad ubicada en una entidad bancaria por parte de la AEAT en un procedimiento de

inspección de tributos (SSTS 4.^a 511, de 21 de marzo de 2024; RC 99/23).

– La medida cautelar de precinto de una caja de seguridad situada en una entidad bancaria tiene cobertura en el artículo 146.1 LGT en relación con el artículo 181.2. No tiene la consideración de domicilio constitucionalmente protegido a efectos del art. 18.2 CE. Puede afectar a la intimidad personal y familiar del inspeccionado (art. 18.1 CE), por lo que la Administración tributaria deberá justificar la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de esa medida, que, como tal, será temporal y modificable (ex STS 4.^a 549, de 4 de abril de 2024; RC 4663/23).

2. Transparencia y buen gobierno

En el caso de las materias clasificadas y calificadas como secretas, para acceder a su conocimiento se ha de justificar suficientemente el interés público esencial que avala esa pretensión de información, así como las poderosas razones relativas a la lesión de los derechos fundamentales afectados por los relevantes bienes jurídicos protegidos que determinen el acceso a los detalles de tal operación a través del alzamiento por el Consejo de Ministros de la declaración de materia clasificada y secreta (ex STS 140, de 7 de febrero de 2023; RRC 8805/21).

3. Educación

La superación de los cursos de ESO con adaptaciones curriculares no comporta automáticamente la obtención de la correspondiente titulación, sino que el órgano educativo competente debe examinar previamente la efectiva adquisición de las competencias propias de la etapa educativa en cuestión (STS 4.^a 625, de 17 de mayo de 2023; RC 713/22).

4. Responsabilidad patrimonial

– En el supuesto de las decisiones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas que concluyen en la lesión de un derecho reconocido en el Pacto y por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, no puede considerarse que vinculen a la Administración ni a los órganos jurisdiccionales españoles a los efectos de constituir prueba suficiente y bastante de la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues

para que haya lugar a ella han de examinarse, en todo caso, los requisitos propios de esta institución a cuya concurrencia se anuda esa responsabilidad patrimonial (ex STS 4.ª 786, de 13 de junio de 2023; RC 5269/22).

– En un supuesto en el que el Comité sobre el derecho de las personas con discapacidad de Naciones Unidas declara el incumplimiento por el Estado español de la Convención de derechos de personas con discapacidad de Nueva York y otros instrumentos relacionados, materializado en la no adopción por sus órganos de las medidas necesarias eficaces que eviten la discriminación de los recurrentes (discriminación por motivos de discapacidad concretado en la denegación de ajustes razonables), España no ha acreditado la adopción de medidas reparadoras del derecho.

El dictamen no puede considerarse por sí solo un título de imputación suficiente que dé lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que no cabe una ejecución directa y automática de una decisión del Comité. La declaración de responsabilidad patrimonial requiere examinar sus requisitos propios, sin que puedan vulnerarse los principios de cosa juzgada ni revisarse resoluciones judiciales firmes. Sin embargo, las actuaciones administrativas previas a la decisión judicial pueden integrar un trato improcedente al menor con discapacidad.

En el caso, lo que el Comité evaluó es que el Estado no dio una respuesta adecuada en las actuaciones que llevó a cabo respecto del menor con discapacidad ni se adoptaron medidas eficaces por los órganos que conocieron de las reclamaciones de los recurrentes, lo que supone un incumplimiento de la obligación general de adoptar todas las medidas eficaces para hacer efectivos sus derechos (ex STS 4.ª 1597, de 29 de noviembre de 2023; RC 85/23).

5. Libertad sindical

A efectos de participación institucional, la singular posición jurídica de los sindicatos más representativos no se extiende a los supuestos de la composición de órganos de participación cuyas funciones trascienden a la de promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (ex STS 4.ª de 16 de octubre de 2023; RC 1507/22).

6. COVID

Relativo al supuesto de un alumno no vacunado y que no acredita haber pasado la enfermedad, ante la existencia de un caso positivo en su entorno inmediato educativo, es sometido a una cuarentena domiciliaria durante diez días por aplicación del protocolo aprobado por el Comité técnico del PROCICAT. La medida no vulneró sus derechos fundamentales porque al menor no se le privó ni de su libertad personal ni de su libertad de circulación, pudiendo seguir recibiendo clases de un modo alternativo. Lo que las autoridades educativas hicieron fue reordenar la enseñanza ante la constatación de un caso de COVID, adoptando una medida de prevención personal dirigida a la limitación de los contactos, amparada en el artículo 2 de la Ley de Educación, que permite que la dirección del centro ordene la enseñanza ante situaciones evidentes de riesgo para la salud de los alumnos, sin perjuicio de las competencias generales y especiales que corresponden a las autoridades sanitarias (ex STS 3.^a 31, de 11 de enero de 2024; RC 537/23).

7. Memoria histórica

Una cruz, con un listado de personas fallecidas de uno solo de los bandos contendientes en la guerra civil, supone exaltación de la sublevación militar, de aquella guerra y de la represión de la Dictadura (ex STS 4.^a 1697, de 14 de diciembre de 2023; RC 7637/21).

8. Electoral

En un escenario de votación electrónica, con una modalidad presencial y otra en remoto, un elector que participa en el proceso electoral para la elección de los órganos de gobierno de las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Cataluña está legitimado para impugnarla si en el procedimiento electoral se pone de manifiesto que no se ha asegurado la identidad de todos los electores que han hecho uso de la modalidad de voto remoto y de la validez o invalidez de los sufragios controvertidos depende el resultado final (ex STS 4.^a 1761, de 21 de diciembre de 2023; RC 7206/22).

9. Extranjería

La cuestión tenía como marco la decisión sobre retorno de menores en la Ciudad autónoma de Ceuta que se adoptó en el marco de una crisis diplomática con Marruecos, lo que coincidió con una entrada masiva e ilegal de personas en la ciudad de Ceuta, muchas de ellas menores de edad. El retorno de los menores no acompañados en situación ilegal en España no puede basarse únicamente en el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, de 6 de marzo de 2007, sino que debe ajustarse también la legislación española en la materia, especialmente en lo atinente a las garantías procedimentales. En el presente caso, la legislación española venía dada por el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y los arts. 191 y siguientes del Real Decreto 557/2011 (ex SSTs 4.^a 86, de 22 de enero de 2024; RC 6480/22 y 87, de 22 de enero de 2024; RC 880/22).

10. Medicamentos

La situación trae causa de una petición formulada por el recurrente a un centro hospitalario para que facilite a su hijo menor de edad, diagnosticado con distrofia muscular de Duchenne, el acceso individualizado a un medicamento no autorizado en España. El fármaco era un medicamento en situación de autorización condicional por la Agencia Europea del Medicamento y se encontraba en el estado regulatorio de no financiación por el Sistema Nacional de Salud (en adelante, SNS).

No se entra a analizar si concurren o no los requisitos para la autorización excepcional solicitada por el recurrente, sino si la sentencia de apelación que revocó la de instancia y convalidó la decisión administrativa vulnera el derecho a la igualdad en el acceso a las prestaciones del SNS.

El ciudadano desarrolló una actividad alegatoria precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de la discriminación al identificar a una población diana que definía un número de casos de la misma enfermedad que estaban siendo tratados con cargo a fondos públicos sobre la base de una autorización excepcional igual a la que se pretendía, especificando los centros hospitalarios donde se recibía y su ámbito territorial autonómico.

La situación clínica del medicamento que sería objeto de autorización excepcional no justifica un trato discriminatorio e injustificado.

La solicitud del acceso a la financiación pública de un fármaco a través de una autorización excepcional del art. 18 del RD 1015/2009 no permite que quien postula su tramitación pueda ser discriminado con la imposición de una carga probatoria de indicios que alcance incluso a las circunstancias individualizadas de otros pacientes beneficiarios de la misma autorización excepcional en el SNS (ex STS 4.ª 264, de 19 de febrero de 2024; RC 5253/21).

1.3.3.2 *Procedimientos Ordinarios*

Entre los procedimientos ordinarios (ex STS 4.ª 1434, de 14 de noviembre de 2023; RO 582/23), destaca la doctrina sentada en recurso contra la resolución de la Junta Electoral Central de 3 de mayo de 2023 en la que se acuerda declarar que concurre en la recurrente la causa de inelegibilidad sobrevenida del art. 6.2.b) de la LOREG por haber sido condenada a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleos o cargos públicos electivos por considerarla responsable de un delito de prevaricación administrativa tipificado el art. 404 CP. También se acuerda dejar sin efecto su credencial de Diputada electa al Parlamento de Cataluña y expedir la credencial a la persona siguiente de la lista.

Se señala que estas causas lo son también de incompatibilidad, desplegando sus efectos una vez que concluye el proceso electoral, por lo que sólo adquiere la plena condición parlamentaria si cumple ciertos requisitos, entre ellos el no ser incompatible.

Las causas de inelegibilidad impiden el acceso al cargo, pero si ya se ha accedido y durante el ejercicio del cargo representativo se incurre de forma sobrevenida en causas de inelegibilidad, ello opera como supuesto de incompatibilidad, con impedimento para seguir ejerciendo el cargo. No es precisa la intervención del parlamento autonómico ni que tal esté contemplado en su reglamento de funcionamiento, estando previsto por la LOREG, directamente aplicable en las comunidades autónomas. Es un efecto extra penal que deriva de la sentencia condenatoria y que rige para todas las elecciones.

El hecho de haber sido objeto de inhabilitación absoluta o inhabilitación especial, ya sea como pena principal o como accesoria hace que la persona no esté en el pleno uso de sus derechos civiles y políticos. Se conecta con la necesaria confianza y ejemplaridad que deben tener quienes van a ejercer la función pública, de lo que carecen quienes han sido penalmente condenados a penas de inhabilitación espe-

cial, cualquiera que sea el ámbito de la administración pública en el que se ha cometido el delito.

El acto se limita a ser una consecuencia extra penal que deriva de la sentencia penal y está expresamente prevista en la legislación electoral.

1.3.3.3 *Cuestión de Inconstitucionalidad*

Tiene especial relevancia el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en el recurso ordinario 88/23, en el que se dilucida la impugnación de una sanción contra un miembro del Ministerio Fiscal. La cuestión versa sobre la constitucionalidad de la sumisión de las sanciones impuestas por el FGE al recurso de alzada ante el Ministro de Justicia que prevé el penúltimo inciso del art. 67 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El auto de planteamiento se centra en si el art. 67.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: «las resoluciones del Fiscal General del Estado serán recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia» puede resultar contrario a los artículos 24 y 124.2 y 4 de la CE. La ampliación del objeto de la cuestión explícitamente al art. 124.2 CE fue promovida por la Sección, a través de la Jefatura, bajo el entendimiento de que el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la autonomía que le corresponde y por las altas misiones primarias que la constitución le asigna, actúa «por órganos propios» y el Ministro de Justicia no es órgano del Ministerio Fiscal siendo inexistente cualquier relación jerárquica entre ambos, lo que colisionaba abiertamente con el diseño y conformación constitucional del art. 124 CE y, a nivel de legislación ordinaria, con la configuración del recurso de alzada, concebido en la Ley en la conformación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* –como evidencia el art. 121.1 que regula su objeto («Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 112.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó»), como basado indefectiblemente en una relación jerárquica entre un órgano inferior, cuyo acto es objeto de impugnación, y un órgano superior jerárquico al que lo dictó, que lo resuelve. Este esquema lógico-jurídico que es esencia nuclear del recurso de alzada conforme a la Ley 39/2015 es absolutamente inaplicable en la relación constitucional y orgánica entre Ministro de Justicia y Fiscal General del Estado. Pues bien, la ampliación del planteamiento fue aceptada por la Sala.

El procedimiento se tramitaba ante el Tribunal Supremo y en él se suscitó que la competencia podría corresponder a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. La duda competencial se planteaba porque el art. 12.b LJCA encomienda al TS el conocimiento de los actos y disposiciones del FGE que agotan la vía administrativa, mientras que el art. 11.1.b LJCA encomienda a la AN el conocimiento de los actos de los ministros cuando rectifiquen en vía de recurso los dictados por órganos distintos con competencia en todo el territorio. En realidad, en el caso no hubo rectificación y el problema se suscita porque el penúltimo inciso del art. 67 EOMF somete estas decisiones del Fiscal General del Estado a la decisión definitiva del Ministro de Justicia. Se descarta que una norma procesal como el art. 12.b LJCA pueda derogar tácitamente una norma sustantiva como el art. 67.3 del EOMF (en puridad su penúltimo inciso).

El reciente Reglamento del Ministerio Fiscal (RD 3105/22, de 3 de mayo) subraya la nueva concepción del Ministerio Fiscal en el Título VI de la CE.

En el Parlamento se tramitó una modificación del EOMF en la que se declaraba que las resoluciones del FGE ponían fin a la vía administrativa y sólo eran recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, haciendo hincapié en que con ello se servía a la autonomía e independencia del FGE, pero no cuajó como norma legal.

El mantener la subordinación de las resoluciones del FGE a un recurso de alzada ante un órgano administrativo como es el Ministro de Justicia (el art. 67.3 EOMF) puede infringir los artículos 24 y 124.2 y 4 de la CE.

Ex art. 124.2 CE el Ministerio Fiscal actúa a través de órganos propios, lo que puede fundar que el Ministerio de Justicia no puede interferir en las actuaciones que se llevan a cabo en el ámbito disciplinario.

La relativamente reciente reforma del art. 12.b LJCA, que encomienda al TS la competencia para conocer de los actos emanados del FGE, coloca a este órgano en línea con otros órganos constitucionales o de relevancia constitucional, lo que pone más en entredicho la subordinación jerárquica que subyace en el art. 67.3 EOMF.

Finalmente, en el auto de planteamiento, el TS manifiesta su «perplejidad» ante el hecho de que el art. 67.3 mantenga la competencia del Ministro de Justicia para imponer la sanción de separación.

1.3.3.4 *Proyectos legislativos*

La Sección, a través de su jefatura, ha elaborado a lo largo del año dos informes sobre proyectos legislativos: (1) el informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla reglamentariamente la composición y funcionamiento de la Sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y (2) el informe sobre el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada.