

1.3 Sala de lo Contencioso-Administrativo

1.3.1 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa viene ceñida en buena medida al ámbito del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, que aparece regulado dentro de los procedimientos especiales de la Ley 29/1998, de 13 de julio, con la finalidad de dar efectividad al procedimiento preferente y sumario de tutela de los derechos y libertades fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución.

En el seno de dicho procedimiento el Fiscal desarrolla su genuina función constitucional de promoción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos; por tanto, dentro de esta Jurisdicción, la labor de la Sección se ha encaminado primordialmente a la atención, estudio y elaboración de alegaciones, tanto de los recursos contencioso-administrativos directamente interpuestos, como de los de casación formalizados ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Asimismo, en otro apartado de esta Memoria quedará reflejada la actividad de la Sección en el ámbito del procedimiento ordinario en el que cumple un importante cometido en defensa de la legalidad. Igualmente, la Fiscalía intervino en los conflictos de jurisdicción, competencia o cuestiones de competencia, en el recurso de casación en interés de la ley y, también, en aras de alcanzar un principio de justicia material, habremos de referirnos al recurso de revisión, a los procedimientos sobre declaración de error judicial o a los de nulidad de actuaciones. Finalmente, por su menor significación numérica, haremos referencia a otras actuaciones.

A) *Procedimiento de protección de derechos fundamentales*

1. Datos estadísticos

Sin perjuicio de incorporar a esta Memoria diferentes Anexos que reflejen en términos comparativos los datos relativos a la actividad de la Sección en este particular procedimiento, procederemos ahora al análisis comparativo de los datos del ejercicio de 2012 en relación con los del año 2011 anterior.

En este sentido, por lo que se refiere al número total de actuaciones de la Fiscalía se aprecia, en términos generales, una reducción notable en el número de asuntos despachados, pues frente a los 300 dictámenes y demás actuaciones de la Fiscalía en el año 2011, se realizaron tan sólo un total de 227 intervenciones durante el ejercicio de 2012, lo que supone una reducción de 73 asuntos en términos absolutos y una disminución porcentual de nada menos que el 24,4 por 100 aproximadamente, debido a una reducción significativa en todos los conceptos, particularmente en el ámbito del recurso de casación. Únicamente, se ha apreciado un aumento en el apartado de otras intervenciones que, ha constituido la excepción a la regla general de un paulatino descenso en la cifra de asuntos tramitados en la Sección (el descenso fue aún mayor en el año 2011 respecto del anterior 2010 en que se pasó de 559 asuntos a únicamente 300, con una reducción del 47 por 100).

Analizando los datos estadísticos por apartados, como hemos anticipado, se aprecia que en el de los recursos de casación formalizados la Sección emitió un total de 171 dictámenes en 2012, de los que 169 fueron presentados en recursos formalizados por otras partes y tan sólo 2 correspondieron al apartado de los recursos de casación interpuestos por la Fiscalía.

Del total de 171, 110 lo fueron de personación y admisión y los 61 restantes de alegaciones de fondo, frente a los 244 del año 2011, de los que 158 fueron de personación y admisión y 86 de alegaciones de fondo. En términos comparativos se aprecia, por tanto, una sustancial reducción de actuaciones registradas en este apartado, cifrada porcentualmente en el 30,08 por 100, destacando particularmente el apartado de alegaciones a los recursos interpuestos por las partes cuya reducción fue sustancial pues pasó de 85 recursos interpuestos en 2011 a únicamente 59 en 2012. En el apartado de los recursos de casación formalizados por la Fiscalía los números fueron muy reducidos en términos absolutos, pasando de uno en el ejercicio de 2011 a dos en el de 2012. Igualmente, se aprecia una importante disminución en el apartado de los escritos de personación y admisión, que han pasado de 158 en 2011 a 110 en 2012. Asimismo, en el de alegaciones de fondo, se advierte una importante reducción, tanto en cifras absolutas como porcentuales, de 26 y del 66 por 100 respectivamente.

En lo que atañe al apartado que denominamos de Otras Intervenciones, el número total de asuntos despachados fue de 56 en 2012 frente a también la misma cifra de 56 del año 2011, lo que en términos absolutos y porcentuales supone una total estabilidad. De este apartado destacar que durante el año 2012 la Sección despachó un total de tres incidentes extraordinarios de nulidad de actuaciones contra senten-

cia del artículo 241 de la LOPJ frente al ejercicio anterior en que tuvo ocasión de formular alegaciones en un total de cuatro, experimentando una ligerísima disminución en términos absolutos de un expediente menos, que ha dejado en valores testimoniales este apartado.

La existencia de esta modalidad de incidentes extraordinarios de nulidad de actuaciones es debida a que la doctrina del Tribunal Constitucional, luego de la reforma introducida en el párrafo primero del apartado 1.º del mencionado artículo de la LOPJ por la LO 6/2007, de 24 de mayo, en relación con el presupuesto de agotamiento de la vía judicial previa, exige la promoción del incidente cuando se invoque vulneración de algún derecho fundamental directamente imputable a la sentencia dictada o que no haya podido denunciarse en la tramitación del procedimiento para formalizar el recurso de amparo.

Por su parte, en lo que se refiere a los recursos contencioso-administrativos interpuestos directamente ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se puede apreciar que, en números absolutos, las cifras son muy reducidas. Así, durante el pasado año de 2012 la Sección realizó un total de 53 intervenciones, centradas primordialmente en los apartados de alegaciones de fondo a recursos interpuestos por otras partes –7– y en el apartado de otros, en el que se incluyen dictámenes de distinta naturaleza no recogidos en otros apartados, –46– (dictámenes en recursos de súplica, solicitudes de documentación, etc.). Señalar que, en términos comparativos con el año anterior, las variaciones han sido mínimas, apreciándose únicamente un significativo incremento en este último apartado en que se ha pasado de 34 asuntos en 2011 a 46 en 2012.

2. Asuntos más importantes.

De los asuntos relacionados con esta modalidad de procedimiento que han sido despachados por la Sección en el anterior ejercicio hemos querido destacar por su relevancia doctrinal o trascendencia social los siguientes:

a) *Recurso de Casación: 5053/2010. Juez ordinario predeterminado por la Ley.*

La singularidad de este procedimiento se debe a que el derecho fundamental cuestionado, no fue, como es habitual en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, el principio de legalidad y sus vertientes formal y material, sino el derecho al Juez ordinario prede-

terminado por la Ley, pues lo cuestionado por la entidad sancionada era que correspondiera a una Sección (la Sección Sexta) de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional el conocimiento de todos los recursos interpuestos contra resoluciones del Banco de España en materia sancionadora, según los criterios de distribución de asuntos previamente establecidos por las normas de reparto aprobadas en el seno del órgano judicial de referencia.

A este respecto, en la sentencia se destaca que «... *la atribución del conocimiento de un asunto en virtud de lo establecido en una norma de reparto de carácter general y objetivo respeta el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.* Del mismo modo, se hace referencia a la Sentencia de la Sala de 26 de julio de 2011 (casación 4594/2010), que pone de manifiesto que «*la distribución o el reparto de asuntos entre las Secciones de una Sala no sólo no pone en cuestión ese derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución sino que lo concreta.*»

b) *Recursos de Casación en materia de personal perteneciente a la Junta de Andalucía. Acceso a la función pública.*

Bajo esta denominación genérica se agrupan una serie de recursos de casación que han sido interpuestos contra otras tantas sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sedes en Sevilla y Málaga.

La problemática que han planteado estos recursos es muy variada en la medida en que, incluso, las posiciones de fondo sostenidas por las Secciones de la Sala con sede en Sevilla y Málaga han llegado a soluciones contrarias en los recursos interpuestos; en efecto, mientras que la Sección Primera de la Sala de Sevilla estimó los recursos interpuestos por los Sindicatos recurrentes, la Sección Segunda de la de Málaga, en cambio, llegó a la conclusión desestimatoria contraria cuando los recursos, también interpuestos por los mismos Sindicatos, sostenían la misma pretensión.

El presupuesto de hecho sobre el que se ha asentado esta problemática, que ha tenido un importante eco mediático no sólo en Andalucía sino también en el resto de España, tuvo su origen en la vigente Ley 1/2011, de 17 de febrero del Parlamento de Andalucía, de reordenación del Sector Público de Andalucía.

La actuación de la Fiscalía en el trámite de instancia fue coordinada en las sedes delegadas de Sevilla y Málaga, dependientes ambas de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el sentido de apoyar los recursos en lo que se refería a la vulneración de los artículos 14

y 23.2 CE, solicitando en cambio la desestimación de la infracción del derecho a la libertad sindical porque constaba en los expedientes de tramitación de los Decretos correspondientes que los sindicatos recurrentes habían sido oídos antes de ser aprobados aquellos.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha dictado ya un primer pronunciamiento en el que ha asumido en su integridad la posición mantenida por la Fiscalía en el trámite de la casación. En efecto, en una primera sentencia de 21 de enero de 2013, dictada por la Sección Séptima y recaída en el recurso de casación núm. 6191/2011, relativa en este caso al Decreto 103/2011, de 19 de abril de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía por el que fue creada la Agencia Andaluza de Instituciones Andaluzas, estimó los recursos de casación interpuestos por ésta y por la Junta de Andalucía y casó y dejó sin efecto la sentencia de 2 de noviembre de 2011 de la Sección Primera de la Sala de instancia, con sede en Sevilla, al entender que aquélla no ha vulnerado los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 y 23.2 CE (la invocada violación del art. 28.1 CE no fue abordada en el trámite de la casación, quedando firme los diferentes pronunciamientos desestimatorios en la instancia).

Por tanto, es de prever que a esta resolución sigan en el mismo sentido las de los demás recursos de casación que se hallan pendientes en la Sala, tanto respecto de las sentencias dictadas por la Sección de Sevilla como, en el sentido contrario, los interpuestos contra las resoluciones de la Sección de Málaga.

c) *Recurso de casación núm. 4118/2011. Libertades ideológica y religiosa. Caso «velo islámico».*

El supuesto de hecho comenzó por un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación contra un Acuerdo del Ayuntamiento de Lleida por el que se aprobó la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia. En los citados preceptos se disponía, en primer lugar, la posibilidad de establecer limitaciones o incluso prohibiciones para acceder o permanecer en los edificios públicos municipales a quienes portaren velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidieren o dificultaren la identificación y la comunicación visual de las personas. Y, en segundo término, se establecían los mismos límites y prohibiciones para el acceso a las dependencias del Archivo Municipal y, también, para diferentes tarjetas de transporte en medios públicos dependientes del Ayuntamiento.

En su sentencia de 6 de febrero de 2013, la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo vino a coincidir plenamente con los argumentos y la tesis sostenida por la Fiscalía al casar la sentencia de instancia y dejar sin efecto las modificaciones de la Ordenanza que afectaban a las prohibiciones o limitaciones de acceso a los recintos municipales, dejando únicamente subsistente la validez y eficacia de la modificación relativa a las tarjetas de usuario para el servicio municipal de transportes. La argumentación en la que se apoyó el Tribunal Supremo para estimar el recurso de casación fue la misma que la sostenida por la Fiscalía, esto es la carencia de cobertura legal para que el Ayuntamiento pudiera dictar ordenanzas que limitaran la efectividad de derechos fundamentales aunque fuera en sus aspectos meramente accesorios o complementarios.

B) *Procedimientos ordinarios*

Bajo esta rúbrica figuran los datos estadísticos referentes a diversas actuaciones de la Sección en distintos procedimientos que analizaremos seguidamente. Antes, sin embargo, es necesario hacer mención a las cifras absolutas de intervenciones realizadas por la Sección que, en el pasado ejercicio de 2012 fueron un total de 266 frente a las 300 realizadas en 2011, lo que arroja una reducción que en cifras absolutas es de 34 actuaciones menos y en términos porcentuales se aprecia una disminución del 11,4 por 100 aproximadamente.

Como veremos a continuación la causa de dicha disminución hay que situarla en la reducción significativa de algunos de los apartados, muy especialmente de los recursos de casación en interés de la ley (de 60 en 2011 a únicamente 37 en 2012) o de los dictámenes sobre competencia (de 61 en 2011 a tan sólo 43 en 2012) y, en menor medida, de las intervenciones en el recurso de revisión (pasaron de 30 en 2011 a 26 en 2012) o en los expedientes de justicia gratuita (de 14 en 2011 a nueve en 2012). Por el contrario, se han incrementado notablemente en el pasado año los procedimientos sobre declaración de error judicial que han duplicado su número en términos porcentuales aunque las cifras absolutas siguen siendo reducidas (han pasado de 12 en 2011 a 30 en 2012) y, en menor medida, las cuestiones de competencia (han aumentado de 33 en 2011 a 44 en 2012). Otros tipos de procedimientos o expedientes se han mantenido en términos muy estables sin apenas variaciones, como es el caso de los conflictos de competencia (de 19 en 2011 a 18 en 2012) o de los recursos de casación contra resoluciones del Tribunal de Cuentas, en este último caso con cifras absolutas muy reducidas (de nueve en 2011 a cuatro en 2012). En el ámbito del

recurso de casación ordinario, destacar la interposición por parte de la Sección de tres recursos de casación en materia de protección del medio ambiente y la intervención del Fiscal en otros 13 asuntos durante el ejercicio de 2012, frente a su participación en nueve durante el ejercicio de 2011. Finalmente, poner de relieve que en el capítulo de Cuestiones Prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el Fiscal ha intervenido únicamente en un asunto en el año 2012, al igual que lo hizo, también en un proceso durante el ejercicio de 2011.

En el resto de niveles las oscilaciones al alza o a la baja han sido muy reducidas, señalándose al respecto que la actividad total de la Sección en este ámbito de procedimientos se ha mantenido dentro de unos límites estables, aunque como se ha anticipado, con una tendencia al descenso.

Veamos, a continuación, en detalle los datos de procedimientos estructurándolos por apartados:

1. *Recursos*

Dentro de este primer apartado se han incluido cinco modalidades de Recursos, los de casación contra sentencias recaídas en el ámbito del procedimiento ordinario, los de revisión, casación en interés de la ley, de casación contra sentencias del Tribunal del Cuentas y finalmente los dictámenes emitidos por la Fiscalía en recursos contencioso-administrativos directos, seguidos por el procedimiento ordinario.

Por lo que se refiere a los recursos de casación formalizados en trámite de procedimiento ordinario, como se ha anticipado, hay que señalar que en el pasado año la Sección interpuso tres recursos de casación e intervino en otros 13 asuntos, a diferencia del año 2011 en que la Fiscalía presentó un total de tres dictámenes, siendo dos de alegaciones y uno de personación. Como puede constatarse por lo reducido de las cifras el Fiscal tiene una reducida participación en este tipo de procedimientos, pero con notable crecimiento porcentual.

En el ámbito de los recursos de revisión, como se ha indicado, la Sección presentó un total de 26 escritos de alegación en el año 2012 frente a los 30 del precedente ejercicio, lo que ha supuesto una reducción en términos absolutos de cuatro intervenciones menos, siendo porcentualmente muy relevante el descenso, que ha representado el 14,4 por 100.

Por lo que se refiere a los recursos de casación en interés de la ley, el total de dictámenes emitidos fue de 37 en 2012 frente a 60 en 2011, lo que representa en cifras absolutas una importante reducción de 23 intervenciones con una disminución porcentual del 38,4 por 100 aproximadamente. Hay que explicar al respecto que el descenso se

debe a que en el ejercicio anterior, sobre todo en materia de función pública y también respecto de la interpretación de la base imponible del Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO) recogida en el artículo 102.1 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, los recursos fueron repetitivos planteando semejante propuesta de fijación de doctrina.

De esta modalidad de recursos, destacar por su importancia el que enjuició en vía de fijación de doctrina legal el problema de la reiteración de liquidaciones tributarias anuladas previamente en la vía judicial, planteándose la problemática de si es posible que, habiéndose anulado en la vía judicial la liquidación de un tributo practicada por la Administración, sea posible reproducir aquélla y reclamarla nuevamente al obligado tributario.

En este sentido, el recurso de casación en interés de la Ley núm. 1215/2011 interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado fue apoyado por esta Sección y finalmente fue estimado por la Sala, no sin cierta polémica pues la sentencia de 19 de noviembre de 2012, dictada por la Sección Segunda, incluyó hasta tres votos particulares de los nueve magistrados que componían el Tribunal.

Asimismo, por su trascendencia social, es necesario poner de relieve el análisis que ha hecho la Sala en relación con las ratios de alumnos por clase en el ámbito de la Enseñanza Primaria.

La Sala, en su sentencia de 30 de marzo de 2012, reputa errónea la tesis sostenida por el Tribunal de instancia y pone de manifiesto, en interpretación del precepto legal citado, que *«no es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el artículo 157.1. a) de la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones»*.

Finalmente, las intervenciones de esta Sección en la interposición de los recursos de casación contra sentencias de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas experimentaron una reducción porcentual notable pasando de cuatro en 2011 a tan sólo uno en el pasado año. De todos modos, dadas las cifras tan reducidas de volumen de actividad, el dato no es significativo. Como complemento de lo anterior, ha de destacarse que, en el apartado de alegaciones presentadas en el seno de los recursos de casación, frente a las cinco del año 2011, en el pasado año de 2012 las alegaciones fueron un total de tres dictámenes.

Destacar, del mismo modo, que a diferencia del año 2011, en que fueron convocados procesos electorales en los que hubo intervenido la Sección, durante el pasado año de 2012 únicamente quedó registrado un procedimiento contencioso-electoral formalizado directamente ante la Sala, del que damos cuenta en el apartado siguiente. Del mismo modo, la Sección se ha personado como parte en dos procesos que versan sobre cuestiones de ilegalidad relacionadas con el proceso electoral celebrado el día 25 de noviembre de 2012 al Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Por último, en el apartado relativo a los recursos contencioso-administrativos directos en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal, ha de señalarse que su cifra es muy reducida ya que, sólo de modo excepcional, el Fiscal interviene en estos procedimientos en defensa de intereses generales y cuando reclama su legitimación. En este sentido, frente a las cifras del año 2011 en que la Fiscalía emitió un total de nueve dictámenes, en el pasado ejercicio de 2012 fue de 13, con un incremento porcentual muy significativo pero que tampoco lo es en términos absolutos.

Destacar, por su importancia, la participación de la Fiscalía en los cuatro recursos interpuestos por diferentes Asociaciones Judiciales y Sindicatos de Funcionarios de la Administración de Justicia así como por el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia contra el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de abril de 2011, publicado en el BOE núm. 110, del día 9 de mayo. En líneas generales, la Fiscalía interesó la desestimación de los recursos, si bien apoyó en temas muy puntuales la estimación de los mismos y la anulación de determinados preceptos del Reglamento, como, por ejemplo, la figura de las licencias parciales por enfermedad, no contempladas en la normativa legal básica de funcionarios, o determinadas novedades introducidas en los expedientes de jubilación por incapacidad, no previstas en la normativa legal básica de clases pasivas. Los recursos están aún pendientes de su resolución por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2. *Recursos electorales*

Durante el pasado ejercicio la Fiscalía únicamente ha intervenido en un recurso contencioso-administrativo directo interpuesto contra un Acuerdo de la Junta Electoral Central, dictado con ocasión de las

elecciones al Parlamento de Cataluña celebradas el día 25 de noviembre de 2012.

El supuesto de hecho trae causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la formación política Unión Progreso y Democracia contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 10 de octubre de 2012. El recurso invocaba la vulneración del derecho a la participación en asuntos públicos reconocido en el artículo 23 CE, toda vez que entendía la parte actora que se había establecido una limitación a la efectividad del derecho de sufragio pasivo que no estaba prevista en la normativa electoral de aplicación a las Elecciones al Parlamento de esa Comunidad Autónoma como era el requisito de la exigencia de avales a las candidaturas, que es una restricción prevista únicamente por la LOREG para las elecciones a Cortes Generales, pero no para las Autonómicas o Locales.

Por sentencia de 27 de febrero de 2013, la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha llegado a un pronunciamiento contrario a lo sostenido por la Fiscalía, desestimando el recurso interpuesto.

3. *Cuestiones prejudiciales europeas y de inconstitucionalidad*

En el pasado ejercicio de 2012 la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo remitió a esta Sección para su informe un único asunto a los efectos de plantear cuestión prejudicial, correspondiéndose con igual número que en el ejercicio anterior de 2011. En cambio, la Sección de la Fiscalía no despachó ningún supuesto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad frente al ejercicio anterior en que intervino en un asunto.

De modo resumido, exponemos a continuación los aspectos más relevantes de la cuestión prejudicial planteada.

El supuesto de hecho a que se refiere la cuestión prejudicial suscitada trae causa de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad financiera contra la resolución del Tribunal Económico-administrativo Central (en lo sucesivo, el TEAC), desestimatoria de la reclamación económico-administrativa que aquélla había formalizado respecto de la devolución de ingresos indebidos por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, el ITP) satisfecho por la actora como consecuencia de la adquisición de acciones de una Inmobiliaria que llevó a cabo inicialmente en 1991, y ulteriormente, mediante una Oferta Pública de Adquisición de acciones, en el año 1992, hasta completar la

adquisición de un 96'85% de ésta. En la instancia el recurso fue estimado parcialmente, si bien la entidad formalizó recurso de casación.

Llegados ya al trámite de deliberación y fallo previo a la sentencia la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo planteó la posibilidad de promover cuestión prejudicial acerca de si el artículo 108 párrafo segundo de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en su redacción introducida por la Disposición Adicional 12.^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio), que sujeta al ITP, en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, las operaciones sobre acciones o participaciones sociales siempre que representen parte del capital social de entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% sobre inmuebles y cuando el adquirente, a consecuencia de dicha transmisión, obtenga una posición en la Entidad de tal alcance que le permita ejercer el control de la misma, puede ser contrario a lo que dispone el artículo 13.B. d. 5) de la Directiva 77/388/CEE, del Consejo, de 17 de mayo de 1977 (en adelante, la Sexta Directiva), en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre volumen de negocios, que prevé el cuadro de exenciones, en las condiciones que fijen los Estados miembros, de las operaciones relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, salvo que se trate de las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo, excepción a la exención que viene contemplada en el artículo 5.3 de la mencionada Directiva.

En concreto, se ponía de manifiesto que el precepto interno español tiene por objeto impedir la elusión fiscal en el marco de la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades, sujetando las operaciones de valores entre entidades al ITP cuando aquellas representen participaciones en el capital social de sociedades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 % por inmuebles y el adquirente obtenga como resultado de la referida transmisión una posición tal que le permita ejercer el control sobre la entidad de que se trate, incluso en los supuestos en que, de una parte, no haya intención de eludir el impuesto y, por otra, dichas sociedades sean plenamente operativas y los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por aquellas. Con el precepto de referencia lo que se busca, por tanto, es evitar mecanismos de fraude fiscal mediante operaciones financieras complejas que se describen en el propio precepto.

La Fiscalía puso de manifiesto a la Sala que la única duda que podía suscitar la norma española de referencia a los efectos de plantear la cuestión prejudicial radicaba en la determinación de que, de

modo automático y en todos los casos, el precepto español haya partido de una presunción *iuris et de iure* de que, a través de este tipo de operaciones financieras entre entidades, lo que se pretende es una transmisión encubierta de los activos inmobiliarios de una sociedad a otra, pretendiendo acogerse a la tributación del IVA en lugar de a la del ITP. Para ello, el artículo 108, apartado 2 de la Ley 24/1988 apuesta por una solución normativa de gravar siempre por este tipo de impuesto las transmisiones de acciones y participaciones sociales entre sociedades cuando se cumplan las dos exigencias que contempla el supuesto, que la sociedad transmitente tenga cuando menos un 50% de su activo patrimonial en inmuebles y que la operación suponga, al menos también, la transferencia del control de las actividades de la sociedad transmitente a la que adquiere tales activos.

Por ello, se sugería la tesis de que, de plantear la Sala la cuestión prejudicial, ésta debiera formularse desde la perspectiva de que la norma española parte de esa presunción que no admite prueba en contrario y de que en este tipo de operaciones siempre se presume la existencia de una intención encubierta de transmitir activos inmobiliarios de una entidad a otra sin posibilidad de prueba en contrario, cuando, por el contrario, la norma europea de referencia contempla como regla general la de la tributación de este tipo de operaciones financieras por el IVA y sólo contempla el establecimiento de normas legales internas que regulen la no tributación por dicho impuesto para evitar las situaciones de fraude, evasión o abusos.

Hay que señalar que la Sala, por medio de su Auto de 9 de febrero de 2012, acordó el planteamiento de la cuestión prejudicial situando la problemática en los mismos términos que se acaban de exponer.

1.3.2 PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA EN RELACIÓN CON EL SENTIDO DE LOS DICTÁMENES Y ESCRITOS DE ALEGACIONES DE LA FISCALÍA

Se incluye en la Memoria de este ejercicio un nuevo apartado que tiene por objeto poner en valor, de una parte, el volumen de resoluciones recaídas en los procedimientos en que ha intervenido el Fiscal ante la Sala y, de otro lado, el índice de conformidad de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal con el contenido y toma de posición de los dictámenes emitidos por los Sres. Fiscales de la Sección durante el pasado año de 2012.

En lo que se refiere al volumen total de resoluciones dictadas, éste alcanzó la cifra de 325 resoluciones, de las que 208 fueron Sentencias y las 117 restantes adoptaron la forma de Auto.

Como veremos a continuación, el nivel de conformidad de las resoluciones de la Sala con los dictámenes y escritos de alegaciones presentados por los Sres. Fiscales de esta Sección alcanzó en su globalidad el 91 por 100 del total de resoluciones, lo que revela, de una parte, el constante afán de aquéllos por estar al día en las últimas novedades jurisprudenciales sobre las diferentes áreas del Derecho Constitucional y Administrativo que se aplican y, de otro lado, el interés y dedicación profesional que prestan al estudio de los procedimientos que les son encomendados para su despacho.

Para un mejor conocimiento de lo expuesto, podemos estructurar el apartado en dos grandes bloques:

1. *Sentencias*

En asuntos en que tuvo intervención el Fiscal ante la Sala, ésta, a través de sus diferentes Secciones, dictó un total de 208 sentencias en el pasado ejercicio, de las que 192 fueron pronunciamientos de toda conformidad con la tesis del Fiscal, dos parcialmente conformes y, finalmente, 14 de las dictadas fueron disconformes con el planteamiento adoptado por este Ministerio.

Por modalidades de procedimientos, en el ámbito del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, el total de sentencias dictadas fue de 68, de las que únicamente cuatro fueron disconformes, resultando conformes las 64 sentencias restantes.

En lo que se refiere a los procedimientos ordinarios el total de sentencias dictadas por la Sala en los que hubo intervención del Fiscal fueron 140, de las que tan sólo 10 fueron disconformes, dos parcialmente conformes y las restantes 128 conformes con el criterio de la Fiscalía.

En sentencias, pues, el porcentaje global de conformidad total o parcial con las tesis del Ministerio Fiscal fue del 93,2 por 100 del total.

2. *Autos*

En el apartado de los Autos, modalidad ésta de resolución que es aplicada por la Sala para acordar la inadmisión de los recursos de casación, archivo de los procedimientos o para la resolución de incidentes de nulidad de actuaciones, entre otros, el total de Autos dictados fue de 117 de los que 101 fueron conformes en su totalidad con la tesis del Fiscal, uno parcialmente conforme y los 15 restantes discon-

formes. Por tanto, el índice total de conformidad total o parcial de las resoluciones se elevó hasta el 87,1 por 100.

Por modalidades de procedimientos, en el ámbito del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, la Sala dictó un total de 51 Autos de los que 47 fueron totalmente conformes con el criterio de la Fiscalía, uno parcialmente conforme y los 3 restantes disconformes, lo que arroja un porcentaje de conformidad total o parcial con los planteamientos del Fiscal que alcanza el 94,1 por 100.

Por lo que se refiere a los procedimientos ordinarios, el número total de Autos dictados fue de 66, de los que 54 fueron totalmente conformes con la tesis del Fiscal y los 12 restantes disconformes, llegando en este caso el porcentaje de conformidades al 81,8 por 100.

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

En el ejercicio de la Delegación recibida, el Fiscal de Sala Jefe de lo Contencioso-Administrativo ha continuado con las iniciativas tendientes a la creación de un espacio de relación con los Fiscales Territoriales, ya que la experiencia de su funcionamiento ha permitido un mejor conocimiento de la realidad organizativa y sobre todo ha servido para reforzar la eficacia del principio de unidad de actuación en algunas de las cuestiones que se han suscitado.

En este sentido, se mantiene un estrecho contacto con los Sres. Fiscales encargados del despacho de asuntos contencioso-administrativos, particularmente con los que desempeñan sus funciones en las Fiscalías Superiores, toda vez que el mayor volumen de actividad jurisdiccional del Tribunal Supremo se localiza en el recurso de casación que únicamente procede contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas correspondientes de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido, cuando el Tribunal Supremo dicta sentencia en aquellos recursos de casación que traigan causa de otros procedimientos en los que hayan intervenido los Sres. Fiscales de las Fiscalías Territoriales, se les remite copia de la resolución recaída con acompañamiento en los casos que se estiman más relevantes de algunas consideraciones o directrices sobre las cuestiones debatidas y resueltas por la Sentencia. Del mismo modo, cuando la cuestión planteada o resuelta por el Tribunal Supremo, particularmente en cuestiones o conflictos de competencia, pueda tener relevancia por su novedad o por su trascendencia para la especialidad

de contencioso-administrativo, en tales casos se comunican aquellas a la totalidad de los Sres. Fiscales que tienen asignada esta materia.

Del mismo modo, se han establecido mecanismos de coordinación para mantener la unidad de criterio y actuación con los Sres. Fiscales en temas concretos, poniéndoles de relieve la tesis sostenida por la Fiscalía del Tribunal Supremo en cuestiones específicas.

Igualmente, en la sede de esta Sección se dispone de un fichero actualizado de los Sres. Fiscales encargados del despacho de asuntos de la Jurisdicción que se encuentren destinados en las diferentes Fiscalías, constituyendo un instrumento de suma utilidad para la elaboración de instrucciones generales o particulares que haya que adoptar para la resolución de cuestiones que se susciten. Igualmente, este fichero es utilizado para la designación de los asistentes a los seminarios de especialización.

Al margen de las relaciones que se han detallado, el que suscribe, bajo la coordinación de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, organizó el pasado ejercicio de 2012, un seminario de especialización, que se celebró en el Campus de «Los Peñascales» (Torrelodones. Madrid) los días 7 y 8 de mayo, con la finalidad de actualizar a los Sres. Fiscales asistentes en la última doctrina jurisprudencial y constitucional sobre diferentes materias de notoria actualidad tales como intervención del Fiscal en los recursos contencioso-administrativos relacionados con el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, entradas en domicilios y lugares cerrados para la ejecución de actos administrativos, derechos fundamentales de huelga y libertad sindical, contaminación por ruido y su incidencia en el ámbito de los derechos fundamentales, particularmente en lo que se refiere a la intimidad domiciliaria y, por último, las últimas novedades jurisprudenciales en materias procesales y de ejecución de sentencias.

Pese a lo expuesto, hay que señalar que, salvo en las dos grandes Fiscalías de Madrid y de Barcelona, en donde se han creado unas Secciones especializadas que gozan de una cierta estabilidad, en todas las demás, seguimos insistiendo como en años anteriores, los cambios en la designación de los Fiscales encargados del despacho de los asuntos son continuos de tal manera que es muy difícil poder mantener la coordinación a la hora de establecer criterios de actuación respecto de alguna problemática común que se plantee. Desde luego, sería deseable una cierta estabilidad en las designaciones, toda vez que ésta es imprescindible para que la labor pueda realizarse de forma satisfactoria.