

## 1.3 Sección de lo Contencioso-Administrativo

### 1.3.1 ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Resulta inevitable alterar la estructura que en años anteriores había presentado esta Memoria de la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo para dejar constancia, antes de entrar en el análisis de la actividad correspondiente al ejercicio examinado, de un hecho importante como es el del relevo en la Jefatura, al haberse producido en el mes de mayo el nombramiento como Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo de quien venía desempeñándola desde el año 2007, el Excmo. Sr. D. Antonio Narváez Rodríguez.

Su brillante ejecutoria en este cargo, determinante sin duda, junto con otros numerosos méritos, de esa designación para asumir la dirección y coordinación de la actividad ordinaria de la Fiscalía del Tribunal Supremo –art. 18 EOMF– aporta a quien lo sucede en la tarea de dirigir esta Sección, y en la más concreta de redactar estas páginas, una ventaja y un inconveniente: la ventaja consiste en que se trata de seguir un camino ya trazado con acierto; el inconveniente, en la dificultad de hacerlo sin desmerecer la herencia recibida.

Con todo, hay que avanzar, y por eso la crónica del año 2013, que en lo atinente a la Sección abarca todo el año pero en cuanto se debe al Fiscal Jefe que la escribe arranca en el mes de julio, ha de ser forzosamente encabezada por un breve resumen de las innovaciones que, en el propósito ya señalado, no pretenden sino consolidar y mejorar el sólido patrimonio recibido del predecesor.

El funcionamiento de la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, por su reducida dimensión (Fiscal Jefe, tres Fiscales y un total de cinco funcionarios de la Administración de Justicia), es relativamente sencillo, y resulta además facilitado por la gran experiencia y la probada solvencia y dedicación profesional de quienes, junto al Fiscal Jefe que suscribe, la integran, tanto Fiscales como funcionarios de la Administración de Justicia. Esta es buena ocasión para destacar, respecto de estos últimos, su alto nivel de compromiso, dedicación y rigor, que se traduce en un hábito de trabajo bien hecho, de modo que no solo aportan a los Fiscales, en un contexto de medios reducidos como el que secularmente padece nuestra institución, un excelente soporte y apoyo, sino que además solo plantean los problemas que no pueden resolver por sí mismos, y desde luego resuelven muchos más de los que plantean.

No obstante, y precisamente para facilitar y hacer más eficaz ese magnífico esfuerzo de todos, Fiscales y funcionarios, en los últimos meses del año la Sección abordó algunos cambios de orden técnico y organizativo.

En el primer aspecto se ha procedido a sustituir íntegramente el sistema de registro y gestión documental interna, que gracias al excelente trabajo –rápido, paciente y eficaz– del servicio de informática y programación de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado está funcionando a pleno rendimiento desde el 1 de enero de 2014, sin perjuicio de aquellos pequeños ajustes que su rodaje va haciendo necesarios. El nuevo sistema, entre otras mejoras, permite registrar todos los expedientes y documentos que maneja la Sección, y no solamente los procedimientos judiciales, como ocurría con anterioridad, y además incorpora la identificación del Fiscal que realiza cada dictamen (salvando la rigidez que en la herramienta anterior suponía que, una vez asignado un expediente a un Fiscal, no era posible dejar constancia de la ulterior intervención de otros miembros de la plantilla), los plazos de despacho, y otras muchas funcionalidades, incluida la automatización de las estadísticas quincenales de las que se da cuenta en las Juntas de Fiscales del Tribunal Supremo, y la indexación de los asuntos de especial relevancia. La concentración de estas tareas de registro en las funcionarias del Cuerpo de Gestión ha permitido además que las tramitadoras se concentren en el apoyo, auxilio y seguimiento de la tarea de los Fiscales que cada una de ellas tiene asignados, y en la importante tarea de comunicación con las Fiscalías territoriales a que se hará referencia más adelante.

En el aspecto organizativo, y sin perjuicio de lo que se dirá en relación con las funciones de coordinación de la actividad de las Fiscalías territoriales en materia contencioso-administrativa que corresponden al Fiscal de Sala, se ha mantenido el mismo sistema de reparto de trabajo, introduciendo algunos cambios en la gestión del mismo. Pueden mencionarse los siguientes:

a) Los criterios de reparto de asuntos entre los Fiscales, como se ha dicho, no se han modificado sustancialmente, pero su sistema de cómputo sí, para evitar una proyección estadística que, cualitativamente, no era conforme con la realidad. En efecto, las personaciones del Ministerio Fiscal ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, singularmente en los recursos de casación, constituyen un mero trámite que en la práctica se concreta en la firma de un formulario confeccionado por el personal auxiliar. La atribución de esta tarea a uno de los Fiscales de la Sección, a los fines de su registro informático, determi-

naba, dada la rigidez del sistema de registro que ya se ha descrito, que esa simple firma computase como una actuación del Fiscal con la misma consideración estadística que cualquiera de los muy complejos dictámenes de fondo que a diario ha de emitir la Sección, arrojando una imagen manifiestamente desequilibrada –por no decir injusta– a la hora de apreciar los valores numéricos. La nueva herramienta informática computa estos actos procesales con indudable valor estadístico, puesto que a fin de cuentas determinan el volumen de entrada de procedimientos judiciales en la Sección (esto es, la mayor parte de su trabajo), pero lo hace al margen del reparto personalizado de tareas, de manera que el reparto de trabajo real se refleja de manera más fidedigna en el plano cuantitativo.

b) Se ha formalizado el procedimiento de visado de los dictámenes, de manera que la revisión de los mismos, que ya se llevaba a cabo con anterioridad, queda ahora documentada en la carpetilla, facilitando en su caso al Fiscal encargado del despacho del asunto la exacta apreciación de los criterios de unificación de actuaciones o detección de errores o insuficiencias que constituyen el objeto de esa comprobación. Conviene en este punto añadir dos apuntes: en primer lugar, esta tarea de visado no tiene por objeto tanto el filtro o control de naturaleza técnica del trabajo del Fiscal –lo que en principio no tiene demasiado sentido en el nivel de cualificación que se presume a los Fiscales del Tribunal Supremo– como la relectura del contenido de los escritos e informes dirigida a detectar posibles divergencias argumentales o la aparición de cuestiones nuevas o no debatidas que puedan merecer una reflexión colectiva en el seno de la Sección, o en relación con otros órganos de la Fiscalía del Tribunal Supremo o del conjunto del Ministerio Fiscal; y en segundo lugar, conviene aclarar que si bien todos los informes emitidos se someten a dicho control, el número de observaciones realizadas por la Jefatura no ha llegado ni al 1 % de los mismos en el último semestre.

A las anteriores apreciaciones hay que agregar, para concluir este capítulo dedicado al aspecto organizativo y funcional de la Sección, una reflexión de futuro. Como se comprobará al estudiar la evolución estadística de la que se da cumplida cuenta a continuación, el volumen de asuntos en los que ha intervenido la Fiscalía del Tribunal Supremo en el ámbito contencioso-administrativo se ha incrementado considerablemente en el último ejercicio. Esta circunstancia, que como también se dirá rompe la tendencia previa y por tanto puede exigir, sobre todo si se confirma en un futuro inmediato, la revisión de las previsiones relativas a cargas de trabajo, se produce en un momento en que, al

margen de determinadas circunstancias personales que no son del caso, pendientes de solución, que obligan a una asignación no homogénea de las tareas, el ya mencionado nombramiento del anterior Fiscal Jefe como Teniente Fiscal del Tribunal Supremo ha supuesto de facto la reducción de la plantilla, puesto que quien ha venido a sucederle –el Fiscal Jefe que suscribe– permanecía adscrito a esta Sección desde abril de 2012, de manera que su nombramiento para la jefatura supuso la *amortización* de ese refuerzo en un momento de crecimiento de actividad. Por ello, el mencionado relevo en la Jefatura no solo determinó la pérdida del mayor valor cualitativo, en términos de experiencia y conocimiento, con que la Sección contaba –su propio Jefe–, sino que además ha determinado la reducción de la composición numérica de ésta. Aunque las actuaciones llevadas a cabo para paliar esta situación deberán ser en su caso objeto de análisis en la Memoria del año próximo, parece oportuno cuando menos dejar constancia de su existencia y de la esperanza de que la situación pueda resolverse –a ser posible de manera definitiva– en breve.

### 1.3.2 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN

Como es sabido, la actividad del Ministerio Fiscal en el ámbito contencioso-administrativo aparece estrechamente ligada a las diversas manifestaciones de su misión constitucional: la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como la tarea de velar por la independencia de los Tribunales. La proyección de cada una de esas funciones se concreta, de entrada, en la legitimación necesaria en el procedimiento especial de derechos fundamentales previsto en los arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA), objeto principal de la actividad de esta Sección que incluye no solo el recurso de casación «ordinario» en esa clase de procesos, sino también el resto de recursos y procedimientos para los que es competente la Sala Tercera del Tribunal Supremo en dicha materia, como ocurre con los recursos contencioso-administrativos de los que el Alto Tribunal conoce en primera y única instancia. Sin embargo, más allá de la esfera específica de los derechos fundamentales, la Sección asume otras funciones como la defensa de la legalidad en su más amplio sentido, a través de la intervención en todos los recursos de casación en interés de la ley y en los procedimientos de revisión de sentencias firmes, cualquiera que sea su contenido de fondo, así como –conforme a la disposición general del art. 293 LOPJ, que afecta a todas las jurisdicciones– los procedimientos de error judi-

cial previos a la reclamación de responsabilidad patrimonial al Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. A todo ello se suma la tarea singularmente delicada de hacer efectiva la legitimación del Ministerio Público en una de las áreas nucleares de la defensa del sistema democrático: los procedimientos previstos en la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, de los que está llamada a conocer la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ. Y asume igualmente su tarea de preservación de la independencia judicial y la integridad de la Jurisdicción, vinculadas al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, lo que se concreta en la intervención del Fiscal en todas las cuestiones y conflictos de competencia, ámbito en el que – como se dirá– la Fiscalía afronta especialmente el reto de la unidad de actuación. Por último, la Sección de lo Contencioso-Administrativo aborda la compleja pero apasionante tarea de dictaminar –o formular, llegado el caso– las propuestas de planteamiento, por la citada Sala Tercera Tribunal Supremo, de cuestiones de inconstitucionalidad y cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El resultado cuantitativo de esa actividad se cifra en un importante incremento global: en 2013 la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo emitió un total de 613 dictámenes (252 en materia de derechos fundamentales y 361 en el resto de procedimientos), frente a 493 (227 y 266 respectivamente) en el ejercicio anterior. Esto supone un aumento de más del 24 %, si bien esa cifra porcentual en principio llamativa ha de ser matizada atendiendo al escaso valor absoluto de los números sobre los que opera (lo que no impide que se traduzca en un incremento de carga de trabajo significativo, cuando también la plantilla es exigua), y a su irregular distribución según la clase de asuntos.

De todo ello se dará cuenta en las páginas siguientes, comenzando por la que ya se ha señalado como fuente principal de atención del Fiscal en sede contencioso-administrativa: los procesos especiales para la protección de derechos fundamentales.

### 1.3.3 PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1.3.3.1 *Datos estadísticos y valoración general*

Sin perjuicio de la información detallada que se ofrece a través de los correspondientes cuadros estadísticos, puede resultar de especial

interés el cotejo de las cifras incluidas en ellos con las de ejercicios anteriores, y en especial con las correspondientes al año 2012, a fin de observar la evolución de la litigiosidad en este ámbito en el que el Legislador, siguiendo el mandato constitucional, ha contemplado la presencia y la intervención sistemáticas del Ministerio Público como valedor de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El número total de actuaciones de la Fiscalía se incrementa moderadamente en este terreno de los derechos fundamentales, si bien este crecimiento puede ser valorado como una inversión de tendencia teniendo en cuenta el fuerte descenso –cercano al 25%– que se había producido de 2011 a 2012. Así, en 2011 esta cifra se elevó a 300 dictámenes, bajando en 2012 a 227, mientras que en el año 2013 al que se refiere la presente Memoria la Sección ha practicado un total de 252 actuaciones en esta clase de procesos; es decir, un 11% más que el año anterior (25 en números absolutos). El incremento se debe sobre todo al número de recursos de casación en que se ha personado el Ministerio Fiscal, que alcanzó en 2013 los 118 procedimientos, a los que se suman 34 dictámenes de admisión, mientras que la cifra acumulada por ambos conceptos en 2012 fue de 110. A efectos estadísticos parece preferible separar ambos datos, puesto que como se ha dicho el mero hecho de la personación no supone una carga de trabajo sustancial para el concreto Fiscal que la efectúa, pero sí representa un valor fundamental para el cálculo del número de asuntos que realmente «entran» en la Fiscalía y por tanto es el dígito que más exactamente refleja la evolución de la litigiosidad en este apartado. Sin embargo, el dictamen de admisión puede requerir un esfuerzo notable y complejo, sobre todo si se tiene en cuenta que la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que conforme a las normas de reparto tiene asignada la tarea de efectuar ese filtro previo de los recursos, viene manteniendo unos criterios marcadamente rigurosos cuya aplicación impone, máxime en este ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, un especial cuidado del Ministerio Público orientado a la escrupulosa preservación del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables en su vertiente de acceso a los recursos.

También aumentó, aunque mínimamente, el número de alegaciones de fondo formuladas en dichos recursos de casación, que pasó de 59 a 61, y mucho más –hasta multiplicarse casi por tres– el de los dictámenes emitidos en recursos contencioso-administrativos para los que es directamente competente en primera y única instancia el Tribunal Supremo, que crecieron de 3 en 2012 a 8 en 2013. Igualmente se duplicó (de 3 a 6) la cifra de dictámenes en incidentes de nulidad de

actuaciones. No hubo, sin embargo, ningún recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que en 2011 había formulado uno y en 2012 dos.

Las cifras expuestas revelan en su conjunto un panorama de tendencia al reequilibrio del volumen de actividad del Tribunal Supremo en materia de derechos fundamentales dentro del ámbito contencioso-administrativo. Es difícil diagnosticar las causas del aparente movimiento pendular que se pone de manifiesto en la aguda reducción experimentada en 2012, seguida de un movimiento al alza en 2013.

Quizá sea en este punto prematura cualquier conjetura acerca de la incidencia de la denominada Ley de Tasas (*Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*) que, en la medida en que excluye como hecho imponible precisamente la tramitación de los procesos de derechos fundamentales, podría dar lugar a que asuntos no necesariamente susceptibles de encauzarse por esa vía procesal, sujeta a plazos más cortos y trámites menos flexibles dada su naturaleza sumaria, sean «reconducidos» por los justiciables al proceso especial, con el fin de eludir el coste fiscal del proceso ordinario. Esa tesis, de ser acertada, podría explicar que no se reduzca el número de casaciones (puesto que también el recurso está exento de tributación) pero es más difícil que pueda reflejarse en su comprobado incremento: dado el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma fiscal difícilmente puede dejarse sentir ya su supuesto efecto disuasorio –apenas transcurrido un año de su entrada en vigor– en el volumen de actividad del Tribunal Supremo. De hecho, esa hipótesis queda desvirtuada por completo al comprobar –como se verá– que los recursos entablados en procesos contenciosos ordinarios, que sí están sujetos a tasa, se han incrementado mucho más aún. Habrá, pues, que esperar algún tiempo para establecer conclusiones mejor asentadas en datos que, dentro de la escasa variación que permiten los reducidos números absolutos (lo que genera un «efecto óptico» de aumento de las desviaciones porcentuales), parece presentar cierta volatilidad en los últimos ejercicios.

### 1.3.3.2 *Asuntos más importantes*

#### a) *Déficit tarifario eléctrico*

A lo largo del año 2013 la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo hubo de hacer frente a un total de 29 recursos de casación interpuestos contra otras tantas sen-

tencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que habían desestimado las pretensiones de tres grandes compañías generadoras de electricidad en relación con la financiación del denominado *déficit de tarifa*, en cuya virtud pretendían la nulidad de las liquidaciones provisionales periódicas que a tal efecto practica la Comisión Nacional de la Energía. La ley 54/1997 del Sector Eléctrico (LSE) imponía –y la hoy vigente, de 2013, sigue imponiendo– a las cinco mayores compañías productoras del sector eléctrico la obligación de contribuir a la financiación del déficit que arrastra dicho sector como consecuencia de los costes de distribución y otros costes regulados asimilados, que por razones de política energética y económica no se repercuten íntegramente sobre los consumidores. Las compañías recurrentes alegaban (de ahí la naturaleza de los procedimientos especiales de tutela de derechos fundamentales) la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE, por entender que dicha obligación legal de financiar el déficit carece de justificación objetiva y razonada, y por tanto constituía un trato discriminatorio tanto respecto del resto de las empresas de los demás sectores económicos como de las empresas del sector eléctrico no obligadas, e incluso entre las legalmente obligadas, dado que a su juicio tampoco el reparto porcentual de dicha obligación entre ellas se hallaba objetivamente justificado. Entendían además aplicable al caso la doctrina contenida en la Sentencia de 7 de febrero de 2012, que había anulado la normativa reguladora del denominado «bono social» precisamente por vulnerar el principio de igualdad, así como la emanada de la Jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con el sector gasístico italiano (S. 20 de abril 2010, C 265/08, *Federutility*).

La complejidad jurídica que encerraban los referidos recursos, entre otras razones porque al plantearse contra actos de aplicación directa de una norma con rango de ley (las liquidaciones provisionales, directamente reguladas por la LSE) su estimación sólo podía pasar por la inaplicación de dicha norma –en virtud de la alegada jurisprudencia europea– o por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, se sumaba a la trascendencia socioeconómica del conflicto, habida cuenta de que la cuantía total excedía de 26.000.000.000 € (veintiséis mil millones de euros).

Sobre la base de un excelente trabajo del Fiscal de la Audiencia Nacional, que se había opuesto a las pretensiones de las actoras en la instancia, la Fiscalía del Tribunal Supremo hizo lo mismo en sede casacional, argumentando sustancialmente que la obligación legal impuesta a dichas empresas halla cobijo constitucional en el art. 33.1

CE, puesto que se trata de una prestación pública forzosa que se justifica por el propio origen y la configuración del mercado eléctrico español, en el que las compañías obligadas han ocupado históricamente una posición dominante y determinante, habiendo sido en su momento beneficiarias de los denominados costes de transición a la competencia (CTCs), que si bien no determinan el nacimiento de la referida obligación jurídica, sí constituyen un factor de referencia objetivo a la hora de señalar qué empresas, por su posición central en dicho mercado, son de igual modo principales beneficiarias a largo plazo de la sostenibilidad del mercado mismo, que es precisamente lo que pretende al imponerles esa obligación de financiación. Obligación que por otra parte no puede calificarse de desproporcionada, no consiste en soportar el déficit, sino sólo en financiar el aplazamiento de la deuda que genera, habiendo establecido el propio Tribunal Supremo en tres sentencias de 16, 17 y 18 de marzo de 2011 que los intereses que tienen derecho a percibir a cambio de esa prestación deben asegurar la absoluta indemnidad económica de dichas empresas, cubriendo como mínimo la totalidad de los costes financieros en que, a su vez, ellas mismas puedan haber incurrido.

Avocada la resolución de estos recursos al Pleno, la Sala Tercera del Tribunal Supremo con fecha 18 de noviembre de 2013 dictó sentencia en dos de ellos (rec. 483 y 848), desestimando íntegramente la pretensión casacional. Dichas sentencias acogen sustancialmente los argumentos de fondo de la Fiscalía, que mencionan y citan en sucesivas ocasiones. Como consecuencia de esta decisión se ha producido en el resto de procedimientos, según los casos, el desistimiento de la recurrente, o bien la apertura de un trámite de alegaciones sobre la inadmisión de los recursos por haberse desestimado ya en el fondo otros sustancialmente iguales, conforme al art. 93.2.c) LJCA.

b) *Recurso de casación 4268/2011. Derecho de los parlamentarios a obtener información de un Gobierno autonómico*

Por su singular relevancia en el plano institucional, pero también por la repercusión pública del asunto concreto a la que se refieren, cabe mencionar que en Sentencia de 25 de febrero de 2013 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acogió también las tesis del Fiscal contraria al recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra la Sentencia del TSJ de esa Comunidad, que había estimado un recurso formulado por dos diputados autonómicos contra la resolución por la que se les había denegado la

información por ellos solicitada acerca de una serie de contratos administrativos suscritos por distintas Consejerías con algunas empresas presuntamente vinculadas a la denominada trama «Gürtel», investigada en sede judicial por delitos relacionados con la corrupción. Precisamente el Gobierno valenciano había denegado esa información alegando que se hallaba bajo secreto sumarial. El Tribunal Supremo confirma la tesis del TSJ, sosteniendo que el derecho a obtener dicha información se integra en el *ius in officium* de los diputados –esto es, en el derecho fundamental a la participación y la representación política consagrado en el art. 23 CE–, descartando que la invocación del secreto sumarial constituya en este caso una justificación suficiente para poner límite a tal derecho, puesto que se trataba de unos contratos por esencia públicos y previos al sumario, que no tienen por sí mismos carácter secreto «*sino todo lo contrario*», y recordando en fin que la delimitación jurisprudencial de los denominados «actos políticos» no excluye que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo conozcan de las cuestiones suscitadas en relación con la protección de los derechos fundamentales a propósito de los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las CCAA, cualquiera que sea la naturaleza de dichos actos.

#### 1.3.4 PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS. DATOS ESTADÍSTICOS Y VALORACIÓN GENERAL

Como se ha anticipado, el balance de la actividad de esta Sección en el ámbito de los procesos *no especiales* arrojó en 2013 cifras reveladoras de un fuerte crecimiento. De un total de 266 dictámenes en 2012 se ha pasado a 361 en 2013, lo que supone un incremento de casi un 36 %, que viene a sumarse al ya reseñado aumento del 11% en asuntos relativos a derechos fundamentales.

Hay que analizar esta cifra además en función de dos factores: el primero, que ya se ha puesto de manifiesto, es que a partir del mes de marzo la Sección hizo frente a este incremento con un Fiscal –que además era el Fiscal Jefe– menos en su plantilla, lo que viene a suponer un recorte del 20 % en el plano cuantitativo, y una pérdida mayor aún en el cualitativo; y el segundo, que el aumento de trabajo en el apartado *ordinario* comporta habitualmente un esfuerzo de estudio y dedicación suplementario para el Fiscal, por referirse en muchos casos a materias sustantivas cuyo conocimiento es con frecuencia ajeno al marco habitual de actuación del Ministerio Público. El notable incremento de este tipo de asuntos en un momento de reducción de efecti-

vos ha comportado, por consiguiente, una muy significativa carga añadida a la complicada labor de la Sección.

El desglose de la cifra global apuntada muestra que el área donde más espectacular ha sido el aumento es el de los dictámenes sobre competencia, que han pasado de 43 en 2012 a 126 en 2013. Esa casi triplicación del número de informes emitidos encuentra parte de su razón de ser en la abundante litigiosidad generada por el cambio de régimen jurídico operado a finales de 2010 en el ámbito de la producción de energía fotovoltaica, que ha dado lugar a un elevado número de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración. La discusión acerca de la competencia para resolver en sede administrativa (puesto que se trataba de recursos contra resoluciones presuntas por silencio administrativo) dio lugar a un importante flujo de resoluciones (más de cincuenta) del Tribunal Supremo remitiendo las actuaciones a la Audiencia Nacional, por entender que la autoridad competente a tal efecto era el Ministerio de Industria, y no el Consejo de Ministros, como entendía la Fiscalía. El hecho de que, sin embargo, el órgano colegiado del Gobierno comenzara después a dictar resoluciones expresas, generó un flujo inverso, si bien la mayor parte de esta segunda tanda de Autos se registró ya iniciado el año 2014. Sin embargo, esa serie de asuntos no absorbe en modo alguno el incremento de las cifras que se ha apuntado. Las cuestiones de competencia aumentaron de 44 a 49, los conflictos de competencia de 18 a 20, los incidentes de nulidad de actuaciones en que intervino la Sección fueron 6 frente a 4 en 2012, se despachó un conflicto de jurisdicción y tres cuestiones de inconstitucionalidad –no habiéndose registrado ningún dictamen de ninguna de las dos clases el año anterior–, los dictámenes en expedientes de justicia gratuita crecieron de 9 a 17, y, sobre todo, los recursos de revisión de sentencia firme en los que ha intervenido la Fiscalía también se han duplicado prácticamente, pasando de 22 en 2012 a 41 en 2013. Se redujo por el contrario la cifra de los informes emitidos en recursos de casación en interés de la ley, que pasan de 37 a 20 (un 45% menos), lo que confirma una fuerte tendencia al descenso, ya que en 2011 habían sido 60, y también se registra un drástico decremento de los recursos de casación ordinarios en que ha intervenido la Fiscalía, que pasan de 13 dictámenes en 2012 a cuatro en 2013, así como en el número de alegaciones en recursos contencioso-administrativos directos que bajan de 8 a 2. Mucho más moderadamente descendió la cantidad de actuaciones en procedimiento de error judicial (de 30 a 24) y los informes en recursos procedentes del Tribunal de Cuentas, que fueron 3, uno menos que en 2012, tras haber alcanzado la cifra de 9 en 2011. Y se mantiene estable el número de cuestiones pre-

judiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una en 2012 y otra en el año que se examina en esta Memoria.

La referencia pormenorizada a los asuntos especialmente relevantes puede enriquecer el precedente análisis con la aportación de un punto de vista cualitativo que permita, aun cuando sea a título meramente ilustrativo, calibrar la naturaleza de la diversa actividad que lleva a cabo la Sección fuera del estricto ámbito especializado de la tutela de los derechos fundamentales.

a) *Recurso de casación en interés de la ley*

La función nomofiláctica que se atribuye a la casación se ve reforzada de manera especial en el recurso de casación en interés de la ley, que como es sabido presenta la singularidad de generar doctrina jurisprudencial vinculante *pro futuro* –y por tanto se acerca a la naturaleza de fuente de Derecho–, sin afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia que se recurre (art. 100 LJCA). Por obvias razones, vinculadas a su función de defensa de la legalidad bajo el principio de unidad de actuación, la intervención activa del Ministerio Fiscal en esta clase de recursos es obligada, cualquiera que sea la materia a la que se refieran. En el año 2013, como ya se ha indicado, la Sección intervino en 20, entre los que a título meramente ilustrativo cabe citar, por su vinculación temática, los tramitados con núm. 588/2013 y 653/2013 por las Secciones Segunda y Séptima, respectivamente, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En ambos se cuestionaba el alcance de sendas normas determinantes de la exención de tributación por el Impuesto de Bienes Inmuebles, por razón del sujeto. En el primer caso se trataba de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. El Abogado del Estado sostenía, frente a una sentencia dictada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo a instancia de la Diputación Provincial de Huesca, que la exención tributaria prevista en la Ley 43/2010 de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, para las actividades vinculadas al servicio postal, no podía entenderse extensible al IBI, puesto que este impuesto no grava la realización de actividad alguna, sino la mera titularidad de un derecho real sobre un inmueble. La Fiscalía apoyó esa tesis y en Sentencia de 7 de octubre de 2013 el Tribunal Supremo estimó efectivamente la pretensión apoyada por este Ministerio.

En cambio, en el otro procedimiento que se ha citado, relativo también a la exención *ratione personae* en el pago del IBI, de la que

en este caso era y es beneficiaria la Iglesia Católica, la conclusión de la Fiscalía frente a la pretensión de una Mancomunidad de Ayuntamientos de la provincia de Orense, fue la contraria: si bien los Acuerdos Iglesia-Estado de 1979 determinaban la exclusión de los bienes de la Iglesia vinculados a su específica actividad religiosa, pastoral o de culto, a partir de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, «[e]starán exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales, las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades». Dado que la Iglesia tiene consideración legal de entidad sin fin lucrativo a estos efectos (D.A. 9 de la misma Ley), entendió la Fiscalía que sus bienes están exentos en todo caso, cualquiera que sea la utilidad que se les dé, incluso de naturaleza mercantil, salvo que se trate de actividades no exentas del impuesto de sociedades. Aun reconociendo la existencia de resoluciones judiciales contradictorias sobre este punto, este Ministerio Fiscal argumentaba que tal contradicción no derivaba de la dificultad misma de la norma, sino de la introducción en algunos casos de elementos interpretativos no siempre ajustados a su letra, que quizá tuvieran cauce más adecuado por la vía –no planteada– del principio constitucional de igualdad, de forma que tal exención pudiera cuestionarse en la medida en que no exista una justificación objetiva que la explique cuando se trate de bienes no vinculados a la actividad *no lucrativa* de la entidad benéfica –en este caso la confesión religiosa– titular. A la fecha de redactarse esta Memoria, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado todavía.

b) *Recurso de casación ordinario*

Entre los escasos supuestos de intervención del Ministerio Fiscal en recursos de casación interpuestos en procedimientos ordinarios hay que destacar dos supuestos –idénticos– en los que además es recurrente la Fiscalía. El recurso fue preparado por la Fiscalía de Extremadura contra dos Autos del TSJ de dicha Comunidad Autónoma que negaba la legitimación del Fiscal para interesar la ejecución provisional de una sentencia recaída en un procedimiento contencioso en materia de medio ambiente en el que el Ministerio Público no había estado personado hasta ese momento. El Tribunal denegó la legitimación y la Fiscalía del Tribunal Supremo, sobre la base del recurso preparado por el Fiscal extremeño, interpuso la casación. En dos Autos

de 14 de noviembre de 2013 la Sala Tercera del Tribunal Supremo niega la legitimación al Fiscal con el llamativo argumento de que para instar la ejecución provisional de una sentencia hay que ser, según el art. 91 LJCA, «*parte favorecida*» por la resolución judicial, y a juicio del Alto Tribunal el Fiscal «*no es propiamente favorecido por el fallo, precisamente por su posición de órgano imparcial*». Entendiendo que ese fallo encierra cierta confusión conceptual sobre el principio de imparcialidad del Ministerio Público, la Sección interpuso recurso de súplica contra dichos autos, que a la fecha de redactarse estas líneas no están resueltos. Con todo, lo más significativo es que en esas mismas resoluciones se acordaba además condenar en costas al recurrente (esto es, a la Fiscalía), lo que está expresamente proscrito por el art. 149 LJCA. En la convicción de que se trata de un error material, también ese aspecto de ambas resoluciones ha sido objeto de recurso.

c) *Recursos contencioso-administrativos «directos»*

En el ámbito de la Fiscalía del Tribunal Supremo se identifican como recursos «directos» los recursos contencioso-administrativos para cuyo enjuiciamiento y fallo en primera y única instancia es competente la Sala Tercera del Tribunal Supremo (art. 12 LJCA). En el curso de 2013 se despacharon dos, como se dijo, y de ellos el más relevante fue el núm. 555/2012, procedente de la Sección Séptima, interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra un acuerdo de la Junta Electoral Central ordenando la retirada de una campaña institucional de incentivación al voto en las elecciones al Parlamento de Cataluña que tuvieron lugar el 25 de noviembre de 2012. El Gobierno catalán ponía de manifiesto la aparente contradicción entre el Estatuto de Autonomía catalán, que estable como principio que «*los poderes públicos deben procurar que las campañas institucionales que se organicen en ocasión de los procesos electorales tengan como finalidad la de promover la participación ciudadana*», y el art. 50.1 LOREG, reformada por L.O. 2/2011, aplicable a las elecciones autonómicas, que proscribía ese tipo de campañas. La Fiscalía se opuso al recurso –aun pendiente de sentencia– por entender que la norma autonómica forma parte, según el propio Estatuto (art. 39) de una serie de «*principios rectores*» que «*son exigibles ante la jurisdicción, de acuerdo con lo que determinan las leyes y las demás disposiciones que los desarrollan*», por lo que el régimen directamente aplicable, en ese sentido norma de «desarrollo» del Estatuto de Autonomía, es la Ley estatal, sin que la prohibición de llamar directamente al voto impida *promover la participación ciudadana* por otras vías posibles.

d) *Cuestiones prejudiciales ante el TJUE y cuestiones de inconstitucionalidad*

En el período examinado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recabó de la Fiscalía el preceptivo dictamen previo para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo y tres cuestiones de inconstitucionalidad. La primera tenía por objeto determinar la posible incompatibilidad del impuesto sobre los depósitos bancarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía con el principio de libre circulación de capitales que reconoce el art. 63 TFUE. De las tres cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, dos se referían a sendas normas tributarias de Comunidades Autónomas (el impuesto de sucesiones de la Comunidad Valenciana y un impuesto sobre las actividades de producción, almacenaje o transformación de energía eléctrica de Extremadura) y la tercera al régimen de colegiación de los farmacéuticos en el País Vasco. En los tres casos la Fiscalía informó favorablemente el planteamiento de la cuestión, en el marco de los criterios establecidos por la Instrucción 2/2012 de la Fiscalía General del Estado.

e) *Error judicial*

Por su trascendencia más allá del orden contencioso-administrativo, es necesario reseñar que a instancia de esta Sección y siguiendo en lo sustancial su argumentación jurídica, en sentencia de 23 de septiembre de 2013 la Sala Especial del artículo 61 LOPJ ha asumido como criterio general que, tal y como ha quedado regulada la nulidad de actuaciones después de la reforma operada en 2007, la admisión de una demanda de error judicial exige la preceptiva acreditación de que previamente se ha promovido dicho incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución a la que se imputa el error, siempre que dicho incidente sea objetivamente apto para reparar la lesión denunciada. La sentencia cuenta con un voto particular de dos magistrados que no cuestionan esa doctrina, sino su aplicación al caso concreto, por juzgarla imprevisible al tratarse precisamente de una innovación jurisprudencial.

f) *Diligencias preprocesales. Ilegalización de partidos políticos*

En el ámbito de legitimación que la L.O. 6/2002 concede al Fiscal para interesar de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ determinadas actuaciones relativas al control de legalidad

de la actividad de los partidos políticos, en 2013 la Sección tramitó dos diligencias preprocesales orientadas a determinar la posible existencia de motivos para ejercitar dichas acciones. La primera de ellas, iniciada el año anterior respecto de la formación política «Estado Nacional Europeo», concluyó mediante decreto de archivo de 27 de septiembre de 2013, por haberse obtenido evidencias de que dicha organización, que en su momento estuvo vinculada a actos delictivos de naturaleza xenófoba y violenta, carece en la actualidad de infraestructura y actividad de ninguna clase, por lo que no se da el supuesto de ilegalización previsto en la LOPP, que exige una actuación reiterada y grave efectivamente vulneradora de los principios democráticos.

Por decreto de fecha 25 de septiembre de 2003, en virtud de denuncia de un Diputado a raíz de unos hechos violentos producidos en una librería de Madrid, con ocasión de la celebración del día de Cataluña, se incoaron las diligencias preprocesales 1/2013 orientadas a determinar la posible concurrencia de una causa legal de disolución en el partido político Alianza Nacional, que se hallan todavía en curso de investigación.

En fin, hay que dejar constancia de la periódica recepción de informaciones procedentes de la Delegación del Gobierno en el País Vasco, dando cuenta de actuaciones municipales –pronunciamientos en forma de acuerdo de Plenos de diversos Ayuntamientos– en los que se realizan manifestaciones relativas a la situación de los presos vinculados a la organización terrorista ETA, calificándolos en algunos casos de «presos políticos», u otras actividades que pudieran considerarse de apoyo o exaltación del terrorismo, en orden a la posible ilegalización de las fuerzas políticas que las promueven o sostienen, en particular el partido político SORTU. Dichas comunicaciones son objeto de cuidadoso estudio, sin que hasta el momento resulten de las mismas –sin perjuicio de las consecuencias penales o de otra índole jurídica de cada uno de esos actos individualmente considerados– razones suficientes, a la luz de la STC 138/2012, para interesar del Tribunal Supremo cualquiera de las actuaciones previstas en la Ley Orgánica de Partidos Políticos.

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

La coincidencia de criterio entre el Fiscal y los Tribunales es un dato cuyo análisis requiere de ciertas prevenciones. Un alto porcentaje de resoluciones conformes con las pretensiones del Fiscal puede valo-

rarse positivamente, como signo de éxito en el planteamiento de soluciones a los conflictos sociales desde una perspectiva basada en el interés general, que inspira la posición del Ministerio Público. Pero por encima de determinados porcentajes también puede ser un síntoma de acomodación de la Fiscalía a interpretaciones del Derecho que, en el contexto de un proceso de evolución social, podrían y deberían ser objeto de revisión y cambio, y solo lo serán en la medida en que el Fiscal se mantenga alerta y activo para presentar ante el Juzgador esas posiciones renovadoras, que no siempre son aceptadas, o no lo son al primer intento.

En 2013, la Sala Tercera del Tribunal Supremo notificó a la Fiscalía un total de 308 resoluciones (17 menos que el año anterior); de ellas 182 sentencias, cuyos fallos coincidieron totalmente con la pretensión de esta Fiscalía en 154 casos y parcialmente en 11, mientras que el sentido de la decisión judicial fue disconforme con la postura del Fiscal en 17 supuestos. Esto supone la conformidad total o parcial de criterio en casi el 90 por 100 de la sentencias.

En el caso de los Autos, las cifras fueron respectivamente de 67 resoluciones totalmente conformes, 5 de conformidad parcial y 54 disconformes, lo que se traduce en un porcentaje aparente de disconformidad del 75 por 100. Esta cifra ilustra de manera muy gráfica la reflexión avanzada al comienzo de este apartado acerca del relativo valor estadístico de esta clase de datos: el notable número de resoluciones disconformes que se acaba de reseñar se corresponde en su mayor parte con las decisiones (a las que ya se ha hecho mención) adoptadas por el Tribunal Supremo en materia de competencia para conocer de los recursos contencioso-administrativos sobre el régimen de la producción de energía fotovoltaica, que en un primer momento la Sala rechazó, en contra del criterio de la Fiscalía, por entender que el órgano competente para adoptar el acto recurrido –se trataba de un supuesto de silencio administrativo– era el Ministerio de Industria, de modo que los asuntos debían ser conocidos por la Audiencia Nacional. Sin embargo, cuando se produjo la resolución administrativa expresa se puso de manifiesto que, tal y como venía sosteniendo el Fiscal, el órgano competente era el Consejo de Ministros, por lo que la Sala Tercera acabó aceptando finalmente la competencia mediante la consiguiente serie de resoluciones que, sin embargo, se registraron ya fuera del ejercicio correspondiente a 2013.

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

El desempeño de la tarea de coordinar la actividad del conjunto de las Fiscalías en el área contencioso-administrativa, que se documenta en otro apartado de esta Memoria, encuentra diversos obstáculos derivados de la dispersión geográfica y un cierto aislamiento interior, por la peculiaridad de la materia, en cierto modo distante de la formación generalista del Fiscal, que conduce a que en muchas Fiscalías esta actividad sea asumida forzosamente por Fiscales de las últimas promociones o, en el polo opuesto, retenidas en manos del Fiscal Jefe, consciente de la trascendencia y enjundia jurídica que con frecuencia suelen presentar los asuntos en este orden jurisdiccional. Por ello una de las preocupaciones fundamentales del Fiscal que Sala encargado de esta área es mantener y en la medida de lo posible reforzar los mecanismos de contacto y coordinación que se exponían en la Memoria del año anterior. No es tarea fácil, puesto que los problemas específicos de la Sección restan excesivo tiempo y dedicación a esa tarea fundamental, pero con todo están en marcha ciertas iniciativas que pretenden proseguir por ese camino. De entrada, la reorganización de medios expuesta en el primer apartado ha permitido asignar a una funcionaria de la Sección la tarea de mantener al día la lista de contactos con los fiscales especialistas de la materia y, en cuanto sea oportuno, el contacto inmediato con ellos. Asimismo, a través de una nota de servicio (1/2013) de la que son destinatarios los fiscales de la Sección, se ha establecido un sistema de detección de informes contradictorios entre los distintos fiscales territoriales que ocasionalmente se producen al emitir informes sobre competencia judicial, incluso dentro de una misma Fiscalía cuando informan fiscales de dos especialidades diferentes, contenciosa y social con especial frecuencia por la mayor extensión del área fronteriza entre ambas jurisdicciones. En la medida en que el estudio de las causas que llegan al Tribunal Supremo evidencia una actuación de esa clase, inadvertidamente incompatible con el principio de unidad de actuación, se gira una comunicación al Fiscal Jefe respectivo con el fin de facilitar la adopción de aquellas medidas de coordinación que esté en su mano adoptar. Más compleja, dada la perentoriedad de los plazos, es la solución del problema cuando se cuestiona la competencia territorial, puesto que en tales supuestos es preciso coordinar dos Fiscalías diferentes. Esta será una de las materias a tratar en las próximas jornadas de especialistas, a celebrar en septiembre de 2014.

Precisamente en relación con estas jornadas, hay que dar cuenta de que las correspondientes a 2013 tuvieron lugar en el CEJ los días 24 y 25 de octubre, con una temática claramente dividida en dos apartados: el tratamiento de temas generales en un plano más académico o teórico (concretamente la preparación del recurso de casación, la mediación en el ámbito contencioso-administrativo y determinados aspectos relacionados con el ejercicio del derecho de asociación, con especial referencia al problema que plantean las asociaciones de cultivadores y consumidores de cannabis, respectivamente a cargo del Magistrado del TS Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, la vocal del CGPJ Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Margarita Uría Etxebarría, y el Fiscal Jefe Antidroga Excmo. Sr. D. José Ramón Noreña Salto) y una segunda parte estrictamente práctica, que a partir de una introducción a cargo de tres fiscales de la especialidad, permitió un debate abierto y llano sobre concretos problemas que se presentan en el ejercicio cotidiano de su tarea.