

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Tribunal Supremo¹

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

COMPETENCIAS LOCALES EXCLUSIVAS

No es posible extraer del artículo 26 LRBRL una reserva constitucional de competencias en favor de los Municipios. La Constitución no desarrolla por sí misma el contenido y alcance de la autonomía local a través de una concreta reserva competencial.

“La última inconstitucionalidad atribuida a la Ley 1/2012 es por incompetencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León para establecer el impuesto.

1.- Se razona que dicha falta de competencia infringe los artículos 133.2 y 157 CE, el artículo 84.a) Ley Orgánica 4/1983 , en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/2007 y el artículo 4.1b) LOFCA.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 37/1987, de 26 de marzo, reconoce la potestad de las Comunidades Autónomas para establecer tributos propios de carácter extrafiscal, siempre que concurra un doble título habilitante: que la Comunidad Autónoma ostente potestad tributaria; y que ostente competencia material sobre el objeto del tributo de que se trate.

En el presente caso, el tratamiento y eliminación de los residuos, según se desprende del artículo 26.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Locales , es competencia exclusiva. Así como servicio de prestación obligatoria de los municipios, por sí o asociados. La recogida de residuos, en todo caso [artículo 26.1^a) LRBRL], y el tratamiento de dichos residuos, en los municipios de población superior a 5.000 habitantes [artículo 26.1 .b) LRBRL]. De esta forma queda claro que en lo atinente a la recogida y tratamiento de residuos la Comunidad Autónoma de Castilla y León carece de competencia, con lo que falta el segundo de los títulos que, en otro caso, habilitaría a dicha Comu-

¹ Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

nidad Autónoma para establecer un tributo propio extrafiscal como el IERV. 2.- Es correcta la premisa de la que parte él motivo relativo a la necesaria concurrencia del doble título competencial para establecer tributos de naturaleza extrafiscal por las Comunidades Autónomas. Pero lo que no se comparte con la recurrente es la reserva constitucional a favor de los municipios que extrae del artículo 26 LRBRL.

El diseño competencial de las entidades locales en el marco constitucional difiere del que corresponde a las Comunidades Autónomas. A diferencia de lo que ocurre con éstas, la Constitución no desarrolla por sí misma el contenido y alcance de la autonomía local a través de una concreta reserva competencial. La doctrina del Tribunal Constitucional explicó tempranamente la autonomía local como una garantía institucional, que supone un núcleo indisponible para el legislador, al que, en lo demás, la Constitución se remite para la determinación concreta de las competencias.

En la LRBRL, las competencias de las entidades locales territoriales son competencias propias y delegadas. De conformidad con el artículo 4 de la Carta Europea de la Autonomía local, las competencias propias se determinan -por la ley y se ejercen en régimen de autonomía bajo la propia responsabilidad. La propia LRBRL establece un régimen básico de competencia de los municipios que deben ser completados por la legislación sectorial, que debe asegurar a los entes locales territoriales su derecho a intervenir en cuanto asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles la competencia que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate, y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos (art. 2.1 LRBRL).

La previsión como servicios públicos municipales de prestación obligatoria de la recogida de residuos y, para ciertos municipios, del tratamiento de residuos, no excluye la competencia que corresponda a las Comunidades Autónomas sobre el medioambiente, en el que tiene una indudable incidencia dicha recogida y tratamiento.

Por otra parte, la recogida y el tratamiento de residuos constituyen, sin duda, unas competencias propias de los municipios. Pero no puede decirse que correspondan al círculo de los intereses exclusivos de las entidades locales; intereses que, ciertamente, son difíciles de determinar, dado que en muchas materias, incluida, de manera muy especial y paradigmática, la del tratamiento de residuos, no existe hoy una clara separación entre los intereses locales y los supralocales. Por lo demás, la competencia tributaria de las Comunidades Autónomas para la aprobación de verdaderos impuestos medioambientales ha sido reconocida tanto por el Tribunal Constitucional corrió por este Tribunal.

Así, ad exemplum, STS de 19 de junio de junio de 2014 (rec. de cas. 397/2013): os que son aplicables igualmente al presente caso (FJ 2): “...la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas “autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias” (art. 156.1 CE), competencias “que, de acuerdo con la Constitución, les atribuyen las Leyes y sus respetivos Estatutos” (art. 1.1 LÓFCA). Y para garantizar esa “autonomía financiera” la Norma Fundamental les asigna una serie de recursos financieros que están constituidos, entre otros, por sus “propios impuestos, tasas y contribuciones especiales “[art. 157.1 b) CE], y les habilita para “establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 133.2 CE) [...]

Lo anterior supone que las Comunidades Autónomas, en virtud de su autonomía financiera constitucionalmente garantizada (art. 156.1 CE), son titulares de determinadas competencias financieras (STC 13/2007, de 18 de enero , FJ 7), entre las que se encuentra la potestad de establecer tributos, bien como una fuente de ingresos, esto es, como una manera de allegarles medios económicos para satisfacer sus necesidades financieras, fin fiscal; bien como instrumento al servicio de políticas sectoriales distintas de la puramente recaudatoria, fin extrafiscal (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ3; 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 6; 186/1993, de 7 de junio, FJ 4; 194/2000, de 19 de julio, FJ 7 r 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4; 179/2006, de 13 de junio, FJ3;y 122/2012, de 5 de junio, FJ ^Competencias financieras que no sólo deben ser ejercidas dentro del marco y límites establecidos por el Estado en el ejercicio de su potestad originaria ex arts. 133.1, 149.1.14 y 157.3 CE [SSTC 13/2007, de 18 de enero] FJ 7; 31/2010, de 28 de junio, FJ 130; 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 b); 32/2012, de 15 de marzo; FJ 6; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7], sino también “dentro del marco de competencias asumidas” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13; 164/1995, de 13 de noviembre, FJ4;y 179/2006, de 13 de junio, FJ3).”

Y, respecto de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, el artículo 71 de su Estatuto de Autonomía la atribuye en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ella establezca, la competencia para la protección del medio ambiente y de los ecosistemas, prevención ambiental, vertidos a la atmósfera y a las aguas superficiales y subterráneas.

Por tanto la Comunidad contaba con los títulos competenciales necesarios para aprobar, en el Ley 1/2012, el IERV”

(STS de 15 de marzo de 2016. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo)

(ROJ: STS 1107/2016. Nº Recurso: 3620/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

IV. BIENES PÚBLICOS

USOS PRIVATIVOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS ADQUIRIDO POR DISPOSICIÓN LEGAL

El titular del fundo podrá aprovechar las aguas procedentes de manantiales y las subterráneas existentes en su fundo si tal aprovechamiento no excede de 7000 m³/año. El incumplimiento del límite legal es causa de extinción del uso privativo, previa audiencia de su titular.

“Tanto en la Ley de Aguas de 2001 como en la de 1985 [cf. los respectivos artículos 2.d)], son de dominio público los acuíferos, lo que explica la regla general de los respectivos artículos 12 de ambas leyes según los cuales el propietario del fundo no puede ejecutar actuaciones de extracción o aprovechamiento de tales aguas. Tal regla tiene como excepción el artículo 52.2 de la Ley de Aguas de 1985 (artículo 54.2 actual): el titular del fundo podrá aprovechar las aguas procedentes de manantiales y las subterráneas existentes en su fundo si tal aprovechamiento no excede de 7000 m³/año. De excederse tal volumen, debe instarse su concesión (cf. artículo 87.1.3º del Reglamento del Dominio Público Hidráulico).

Este régimen específico de aprovechamiento es lo que en las Ley de Aguas de 1985 y 2001 y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (cf. artículo 83.1) se denomina derecho al uso privativo del dominio público hidráulico adquirido por disposición legal frente al que se adquiere mediante concesión o autorización. Este régimen se basa en la asunción por el interesado de la carga de comunicar al Organismo de cuenca las características de la utilización pretendida, para lo que establece una serie de requisitos y trámites que no son del caso y que regulan los artículos 85 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. En el caso de autos, tales actuaciones son las que acabaron en la ya citada resolución del 3 de junio de 1996.

Tal y como se ha dicho, el acto impugnado en la instancia se basa en que la recurrente sobrepasó el límite de los 7000 m³ anuales, luego incumplió con la previsión normativa que permite ejercer el derecho al aprovechamiento nacido ex lege para tal modalidad de uso privativo. Al respecto lo litigioso se centró no tanto en la realidad de tal exceso -la Sentencia lo tiene por probado y en casación no se ha discutido en tal punto la Sentencia- sino más bien si ese incumplimiento es causa de extinción del uso privativo por disposición legal y esto tanto en lo sustantivo como en el procedimiento que debe seguirse para acordar tal extinción.

Respecto de lo litigioso la Sentencia coincide con la recurrente en que la

comunicación de 5 de marzo de 1996 se resolvió el 13 de junio de 1996 reconociéndole, ese aprovechamiento conforme al artículo 52.2 de la Ley de Aguas de 1985 entonces vigente. Por el contrario, la Administración sostiene que tal comunicación fue objeto de resolución cuando catorce años después la denegó mediante el acto impugnado en la instancia. Entiende así que la resolución de 13 de junio de 1996 se limitó a tomar nota de la comunicación de 5 de marzo de 1996 pero sin admitir aprovechamiento alguno, por lo que durante estos catorce años - así hay que entenderlo - el procedimiento habría estado sin resolver.

A partir de lo expuesto los planteamientos difieren y pueden concretarse de la siguiente manera

1º La Sentencia entiende que para dejar sin efecto un uso privativo de aguas subterráneas obtenido por disposición legal (en ese momento al amparo del artículo 52.2 de la Ley de aguas de 1985), en la normativa aplicable no se prevé que sea por incumplimiento de alguna de los condicionantes esenciales exigidos para su ejercicio, bastando su constatación. A tal efecto entiende que en la Ley de Aguas y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico lo que se regula es, la extinción de las concesiones, pero no se recoge un régimen específico referido al incumplimiento de estos usos privativos por disposición legal.

2º También entiende la Sentencia que para dejar sin efecto tal uso no se requiere incoar un procedimiento, bastando esa mera constatación del hecho determinante de la revocación, es decir, que se han superado los 7000 m³ anuales. Este aspecto procedimental es, como se ha indicado ya, el meollo del litigio pues que se ha incumplido el límite legal no se ha cuestionado.

3º Tal planteamiento de la Sentencia no ha sido cuestionado por la Administración pese a que su tesis es que el acto impugnado no deja sin efecto derecho alguno sino que como se ha dicho también ante la comunicación de 1996 resuelve - denegando - el aprovechamiento de las aguas subterráneas mediante pozo.

4º La recurrente entiende implícitamente con la Sentencia que la normativa aplicable no prevé una causa específica de extinción de este tipo de usos privativos por disposición legal, por lo que ese derecho sólo puede dejarse sin efecto mediante un procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos ya que el previsto en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico sería tributario de los supuestos de extinción de las concesiones.

Antes de entrar en los motivos de casación debe señalarse que el artículo 53.1 de la Ley de Aguas de 2001 y el artículo 89.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico prevén que “cualquiera que sea el título de su adquisición” - luego también rigen para los aprovechamientos reconocidos ex lege

- son causas de extinción las siguientes: a) el término del plazo de su “concesión”; b) la caducidad de la “concesión” en los términos del artículo 64 de la Ley de Aguas de 1985 (hoy artículo 66 de la Ley de Aguas de 2001); c) la expropiación forzosa y d), la renuncia del “concesionario”. De tal relación de causas ahora interesa la de la letra b).

La remisión del artículo 53.1.b) de la Ley de Aguas de 2001 y del artículo 89.1.b) reglamentario hoy día al artículo 66 de la Ley de Aguas de 2001 , es para integrar a estos efectos el concepto “caducidad” del uso privativo, lo que se concreta en que son causas de caducidad el « *incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales* » que presiden tal uso o aprovechamiento (artículo 66.1), pero lo cierto es que el artículo 66 de la Ley de Aguas de 2001 refiere esa posibilidad a las concesiones, surgiendo la duda de su aplicación a los usos privativos por disposición legal.

Tal duda queda resuelta al remitirse el artículo 89.6 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico a su artículo 169.1 que reitera que los derechos al uso privativo de las aguas adquiridos por disposición legal - caso de autos - podrán extinguirse por cualquiera de las causas indicadas en los apartados b), c) o d) hoy día del artículo 53 de la Ley de Aguas de 2001 , lo que implica que la causa del artículo 53.1.b) no sólo rige para las concesiones sino para esos usos nacidos *ex lege* . Por tanto, del juego de los artículos 53.1 y 66 de la vigente Ley de Aguas de 2001 y de los artículos 89 y 169 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico se deduce que una de las causas de extinción del aprovechamiento obtenido por disposición legal es por« *incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales* » (artículo 66.1 de la Ley de Aguas de 2001), siendo a tal efecto el límite del artículo 54.2 de misma la condición esencial para que nazca tal derecho al uso privativo *ex lege*, lo que es coherente con el artículo 53.5 de la citada ley.

En lo procedimental, el artículo 89.2 y 6 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico prevé, el primero, que la declaración de la extinción del derecho al uso privativo del agua requerirá la previa audiencia de los titulares del mismo y, el segundo, que se siga la tramitación prevista en los artículos 163 al 169, cuyas normas son aplicables “cualquiera que sea la causa de aquélla”, - es decir, de la extinción - y a estos efectos los trámites previstos son exigibles “en lo que les sea de aplicación” (artículo 163.1).

(STS de 15 de marzo de 2016. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 2º a 11º. Magistrado Ponente Sr. Requero Ibáñez)

(ROJ: STS 1118/2016. Nº Recurso: 2205/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

COMPETENCIAS SOBRE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

La Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, habilita a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para someter a reservas singulares la autorización de medicamentos que así lo requieran por su naturaleza o características, así como sus condiciones generales de prescripción y dispensación.

“En la instancia se impugnó la resolución SC 0403/2010, de 22 de diciembre, del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud, por la cual determinados medicamentos que identifica, destinados a tratamientos extrahospitalarios, deben dispensarse en los hospitales del Servicio Andaluz de Salud; por tanto los servicios de farmacia hospitalaria, aparte de dispensar medicamentos calificados de “uso hospitalario” - lo que ya venían haciendo - pasan así a dispensar los concretos medicamentos que concreta la resolución para tratamientos extrahospitalarios, quedando excluidas las oficinas de farmacia de su dispensación.

Los medicamentos afectados son los destinados en su mayor parte a tratamientos oncológicos y a la totalidad de los tratamientos hormonales de la infertilidad, y la resolución los identifica con remisión a que sus principios activos estén incluidos en los subgrupos terapéuticos que relaciona. Se justifica la inclusión de esos medicamentos destinados a pacientes externos, luego a tratamientos extrahospitalarios, en el ámbito de la dispensación hospitalaria porque requieren una particular vigilancia, supervisión y control por estar indicados para tratamientos que deben diagnosticarse y monitorizarse en el ámbito hospitalario, por su elevada toxicidad, por la necesidad de ajustes de posología a lo largo del tratamiento y por sus interacciones con otros fármacos.

Así las cosas, se desestima este motivo por las siguientes razones:

1º La Sentencia hace una adecuada exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional con referencia a la Sentencia 98/2004, doctrina también deducible de las Sentencias 109,152 y 193/2003 o la 137/2013 en cuanto a qué se entiende a efectos competenciales por “legislación sobre productos farmacéuticos” (artículo 149.1.16ª de la Constitución) respecto de la autonómica de ejecución de la legislación estatal (artículo 55.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía).

2º Tal y como resalta la Sentencia, la competencia estatal se refiere al producto farmacéutico como “sustancia” y el referido título competencial del

Estado debe relacionarse con las “bases y coordinación general de la sanidad” (artículo 149.1.16ª). Lo relevante es que la resolución SG .0403/2010 no ejecuta la legislación estatal, sino que decide que ciertos medicamentos - unos destinados a tratamientos oncológicos y la totalidad de los tratamientos hormonales de infertilidad - queden sujetos a. un tipo de prescripción: de estar reservada a los médicos especialistas de los servicios de atención especializada se acuerda que pasen a dispensarse por los servicios de farmacia de los hospitales del Servicio Andaluz de Salud.

3º Tal medida se justifica por una razón que va más allá de lo organizativo y afecta al producto farmacéutico como sustancia en lo atinente a su régimen de dispensación e incide sobre los pacientes. En concreto se justifica porque se trata de medicamentos cuya indicación se reserva a procesos « *que deben ser diagnosticados y monitorizados en el ámbito hospitalario, por su elevada toxicidad, la necesidad de ajustes de posología a lo largo del tratamiento y sus interacciones con otros fármacos* », razón por la que « *requieren de una particular vigilancia, supervisión y control de que su utilización se adapta estrictamente a las guías fármaco terapéutica y protocolos establecidos* ».

4º Ciertamente el artículo 2.6.b) de la Ley 29/2006, tras la reforma hecha por el Real Decreto-ley 9/2011, prevé que, aparte de las oficinas de farmacia, los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y servicios de atención primaria del Sistema Nacional de Salud, puedan dispensar medicamentos y, en concreto cuando se trate de medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinar de atención a la salud, añadiéndose tras la reforma « *de conformidad con la calificación otorgada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para tales medicamentos* ».

5º Así respecto del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, se trata de medicamentos sujetos a prescripción médica restringida (artículo 24.1), cuya clasificación en tal categoría corresponde a la Agencia; y en concreto, dentro de esa categoría, son los de “diagnóstico hospitalario” [artículo 24.3.b)].

6º La reforma de 2011 se justificó para dar mayor cohesión al Sistema evitando « *discriminaciones que se puedan dar en función del lugar de residencia de los pacientes tributarios de tales tratamientos* » que es a lo que da pie la resolución impugnada en la instancia. Y se añadía que para evitarlo se atribuye « *a la Agencia ...la capacidad de identificar estos medicamentos, así como, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad la de limitar la dispensación de medicamentos en los servicios de farmacia hospitalarios* ».

7º Esa atribución competencial es deducible del título “legislación sobre productos farmacéuticos” y de la contemplación del medicamento como sustancia que por sus características quedan sujetos a un régimen especial de reserva

de dispensación cuyo sentido se explica en la Exposición de Motivos del Real Decreto 618/2007.

8º Ya antes de 2011 eran aplicables las previsiones de los artículos 24.2 y 89.4 de la Ley 29/2006, de forma que bien sea de oficio o bien a solicitud de las Comunidades Autónomas, la Agencia puede someter a « *reservas singulares la autorización de medicamentos que así lo requieran por su naturaleza o características, así como sus condiciones generales de prescripción, dispensación* » y el Ministerio de Sanidad y Consumo (hoy Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) puede someter « *a reservas singulares las condiciones específicas de prescripción, dispensación y financiación de los mismos en el Sistema Nacional de Salud* ».

9º En definitiva, la recurrente acude a argumentos tautológicos, circulares, para criticar la Sentencia pues se limita a resaltar que es evidente que la resolución impugnada en la instancia se desenvuelve en el ámbito de la ejecución de la legislación estatal, competencia que “detenta” (sic) la Comunidad Autónoma andaluza; además basa su planteamiento en la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2004 que se limita a transcribir, sin que pueda admitirse como sucedáneo de razonamiento resaltar en negrita lo que juzga relevante, técnica ésta que nada dice frente a lo razonado por la Sentencia de instancia que expone por qué entiende que esa Sentencia constitucional se refería a un supuesto distinto.”

(STS de 2 de marzo de 2016. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 1º, 2º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Requero Ibáñez)

(ROJ: STS 858/2016. Nº Recurso: 2136/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CULPABILIDAD EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

El hecho de no concurrir alguna o ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad previstas en el artículo 179.2 de la Ley General Tributaria, no es determinante de culpabilidad.

“Dispone el artículo 183.1 de la Ley 58/2003 :” Son infracciones tributarias las acciones y omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas por esta u otra Ley”.

Profundizando en este concepto de negligencia, su esencia radica en el des-

cuido, en la actuación contraria al deber objetivo de respeto y cuidado del bien jurídico protegido por la norma.

La negligencia no exige como elemento determinante para su apreciación un claro ánimo de defraudar, sino un cierto desprecio o menoscabo de la norma, una lasitud en la apreciación de los deberes impuestos por la misma. Es, en definitiva, el resultado del incumplimiento del deber general de cuidado en el cumplimiento de las obligaciones tributarias a lo que se atiende, lo que a su vez exige indudablemente una valoración de la conducta respecto de la que se pudiera considerar como razonable atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

En cuanto a las circunstancias excluyentes de culpabilidad dispone el artículo 179.2 de la Ley 58/2003: “Las acciones y omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos:(...) d) Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma.

La Resolución sancionadora, en su Fundamento octavo, señala que.

“Asimismo, **no nos encontramos ante un caso de normativa susceptible de diversas interpretaciones**, no apreciándose que la norma aplicable sea tan compleja como para provocar dudas interpretativas razonables que pudieran obrar como causa de exclusión-de la culpabilidad en la comisión de infracciones. En todo caso, cabe decir que en el **expediente no se ¡injustificado en ningún momento cual es exactamente la interpretación razonable de la norma qué da la Interesada** y que se diferencia de la Administración. La sociedad estatal tiene carácter mercantil y es imposible su encuadre en la Administración Pública Institucional”.

Hay que señalar en primer lugar que **la claridad deja norma no supone culpabilidad por exclusión y que cabe el error en su aplicación.**

En este sentido ya la sentencia de 19 de mayo de 2014 (Casación 656/13) relativa a una sanción, dice que existen:

“... numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que admiten el error como causa excluyente de culpabilidad...error de hecho o de derecho...(Casación 4925/08, FJ 3º).

Y la *Sentencia de 16 de Diciembre de 2014* que estima un recurso promovido por la Administración

General del Estado, dice:

“ C) El acuerdo sancionador fundamenta la existencia de la culpabilidad precisa para sancionar en que la conducta de la obligada tributaria “no halla

acomodo en ninguna de las excepciones previstas en el art. 179.2” de la LGT, y, en particular, en que “no cabe ninguna razonable interpretación de las normas que ampare la conducta del interesado”, dado que “resulta clara la normativa, que ningún margen deja a la interpretación en contrario”. Sin embargo, **esta fundamentación de la culpabilidad por exclusión - en otras palabras: se mantiene que se es culpable si no concurre ninguna de las causas previstas en el art. 179.2 LGT -, tampoco resiste una valoración la perspectiva de los arts. 25.1 y 24.2 CE.**

En efecto, la simple afirmación de que no concurre, en particular, la causa del actual art. 179.2.d) de la LGT de 2003 (anterior art. 77.4.d) de la LGT 1963)” *porque la norma es clara o porque la interpretación efectuada por el sujeto pasivo no es razonable, no permite, aisladamente considerada, fundamentar la existencia de culpabilidad, ya que tales circunstancias no implican por sí mismas la existencia de negligencia* “ [Sentencia de 9 de diciembre de 2009 (rec. cas. núm. 4012/2005), FD Quinto; en términos parecidos, Sentencia de 29 de octubre de 2009 (rec. cas. núm. 6058/2003), FD Quinto B)]. Afirmar que no concurre, en general, alguno de los supuestos del art. 179.2 de la LGT (anterior art. 77.4 de la LGT), “e s insuficiente para satisfacerlas exigencias de motivación de las sanciones que derivan, no sólo de la Ley tributaria (en la actualidad, de los arts. 103.3, 210.4 y 211.3 de la Ley 58/2003, y del art. 24.1 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre), sino también de las garantías constitucionales, entre las que hay que destacar el principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE” [Sentencia de 31 de marzo de 2011 (rec. cas. núm. 290/2008), FD Tercero].

Y en ambos casos hemos dicho que « no es suficiente para fundamentar la sanción » porque « el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable -como ha sucedido en el caso enjuiciado- o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de responsabilidad de las recogidas en el art. 77.4 LGT (actual art. 179.2 Ley 58/2003), entre otras razones, porque dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad. A este respecto, conviene recordar que el art. 77.4.d) LGT establecía que la interpretación razonable de la norma era, “en particular” [el vigente art. 179.2.d) Ley 58/2003, dice “[e]ntre otros supuestos”], uno de los casos en los que la Administración debía entender necesariamente que el obligado tributario había “puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios”; de dónde se infiere que la circunstancia de que la norma incumplida sea clara o que la interpretación mantenida de la misma no se entienda razonable no permite imponer automáticamente una sanción tributaria porque es posible que, no obstante, el contribuyente haya actuado diligentemente » En fin, abundando en la misma idea, por lo que refiere, en particular, a la

“claridad de la norma” incumplida como fundamento de la culpabilidad, se subraya **que la claridad dé las normas “no determina que el comportamiento del obligado tributario no haya sido diligente”** [Sentencias de 10 de diciembre de 2009 (rec. cas. núm. 3850/2004), FD Sexto, D); y de 15 de septiembre de 2011 (rec. cas. núm. 3334/2007), FD Tercero C)]; que *“no cabe apreciar, sin más, la existencia-de simple negligencia en los casos en que la Administración tributaria considere que la norma es clara”* [Sentencia de 25 de febrero de 2010 (rec. cas. núm. 2166/2006), FD Tercero D)]; que **“la claridad del precepto tributario aplicable no resulta per se suficiente para imponer la sanción”, y “aquella claridad no permite, sin más, imponer automáticamente una sanción tributaria, porque es posible que, a pesar de ello, el contribuyente haya actuado diligentemente”** [Sentencias 15 de enero de 2009 (rec. cas. núms. 4744/2004 y 10237/2004), FFDD Undécimo y Duodécimo, respectivamente.

No puede considerarse suficiente a los efectos de respetar los principios de presunción de inocencia y culpabilidad garantizados en los arts. 24.2 y 25.1 de la CE Respectivamente,” afirmar que la normativa y las obligaciones sean claras y terminantes,” sin que quepa apreciar sin más, la existencia de simple negligencia en los casos en que la Administración tributaria consideradla norma es clara”[Sentencia de 28 junio de 2012(rec. cas. núm . 904/2009), FD Cuarto]; o , en fin, que “incluso en el supuesto de que la norma fuese clara”, ello no es requisito suficiente para la imposición de sanción” [Sentencia de 9 de diciembre de 2009 (Casación núm. 4012/2005), FD Quinto].

En definitiva, conforme a la doctrina expuesta, no cabe argumentar que SEITT S.A. ha actuado culpablemente porque no concurre alguna (o ninguna) de las causas excluyentes de la responsabilidad previstas en el art. 179.2 LGT , porque dicho precepto no establece un número cerrado de todos los supuestos en los que hay que entender que el obligado tributario, aunque incumpliera la norma tributaria, actuó diligentemente. Habiendo empleado el órgano competente para sancionar este argumento por exclusión, debe ser rechazado por lesionar los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia. Esto es lo sucedido en este caso: se impuso una sanción “por exclusión “.En caso además la norma no era suficientemente clara y hubo diligencia en el obligado al pago”

(STS de 28 de abril de 2016. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martínez Micó)

(ROJ: STS 1963/2016. Nº Recurso: 894/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PROTECCIÓN DE DATOS

El responsable del fichero o tratamiento de datos en internet —a efectos del ejercicio del derecho de rectificación o cancelación de datos del interesado— lo es Google Inc., en cuanto le corresponde en exclusiva la determinación de los fines, condiciones y medios del tratamiento de datos personales.

“De lo expuesto, y siendo claro que todas las obligaciones que acabamos de reflejar vienen atribuidas al responsable del tratamiento de datos, la cuestión estriba en determinar si “GOOGLE SPAIN, S.L.”, como establecimiento en España de la “GOOGLE Inc”, con sede en USA, es, como sostiene la sentencia y rechaza la recurrente, corresponsable en el tratamiento de datos que ésta última gestiona a través de su motor de búsqueda en internet.

Y para ello habrá que tener presente la normativa que se reputa como infringida y la interpretación que, sobre la misma, ha realizado la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 en orden a quien sea el responsable del tratamiento.

El art. 2 de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define, en su apartado d), al “responsable del tratamiento” como *«la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario»*.

Paralelamente, el art. 3.d) de la LOPD define al “responsable del fichero o tratamiento” como *«la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u organismo administrativo, que **decida** sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento»*.

De las normas transcritas se desprende que la caracterización como responsable del tratamiento de datos viene delimitada por la **efectiva** participación en la determinación de los fines y medios del tratamiento, o dicho de otro modo, que la identificación del responsable del tratamiento exige una valoración fáctica acerca de su efectiva intervención en esos concretos aspectos de fijación de fines y medios del tratamiento, para lo cual es preciso determinar, en primer lugar, cual sea la actividad objeto de tratamiento.

En este caso, la tan citada sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014, al resolver la cuestión prejudicial que le planteó la Sala de instancia, señala res-

pecto de la actividad de tratamiento que *«el artículo 2, letra b), de la Directiva 95/46 define el “tratamiento de datos personales” como “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción”*», y, añade que *«Por consiguiente, debe declararse que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda “recoge” tales datos que “extrae”, “registra” y “organiza” posteriormente en el marco de sus programas de indexación, “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” y facilita el acceso” a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b) de la directiva 95/46, deben calificarse de “tratamiento” en el sentido de dicha disposición, sin que sea relevante que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales».*

Y concluye el TJUE que ***«el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento en virtud del mencionado artículo 2, letra d)»***, añadiendo que *«Del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende que procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras a) y b), que el art. 2, letras b) y d) de la directiva 95/46 debe interpretarse en sentido de que, por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada opuesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de “tratamiento de datos personales”, en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contienen datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d)».*

Que “GOOGLE Inc”, como gestor del motor de búsqueda Google Search, es responsable del tratamiento de datos, es incuestionado, y así lo reconoce la propia sentencia recurrida.

La controversia, sin embargo, surge cuando la sentencia afirma que además existe una corresponsabilidad de la aquí recurrente en razón de la unidad de negocio que existe entre ambas sociedades.

Es cierto que los preceptos ya citados de la Directiva 95/46/CE y de la LOPD contemplan la posibilidad de corresponsabilidad cuando emplean los términos *«solo o conjuntamente con otros»*, pero ello supone una coparticipación en

la determinación de los fines y medios del tratamiento que es lo que caracteriza la condición de responsable, no cualquier otro auxilio o colaboración que no tenga tal naturaleza, como puede ser el aquí contemplado de promoción de productos o servicios publicitarios en beneficio del responsable, promoción ajena a la determinación de los fines y medios del tratamiento.

En otras palabras, es la sociedad que gestiona el motor de búsqueda la que asume la responsabilidad del tratamiento de datos, con las obligaciones inherentes al efectivo cumplimiento de la normativa tanto europea como nacional reguladoras del tratamiento de datos personales, sin que quepa extender o trasladar esa responsabilidad al sujeto que, sin intervenir en esa gestión del motor de búsqueda, realiza otras actividades conexas o vinculadas, en este caso las ya señaladas de promoción publicitaria como soporte económico de ese motor de búsqueda.

En definitiva, la colaboración o coparticipación con el gestor ha de ser con una actividad de determinación de medios del tratamiento y no de otra naturaleza.

Para determinar, pues, si esa colaboración o coparticipación con el gestor entra dentro del ámbito de la actividad de determinación de medios y fines del tratamiento será preciso el examen de la situación fáctica a fin de determinar cuál sea esa concreta participación, y, en este caso, la Sala de instancia no identifica ninguna actividad de “GOOGLE Spain, S.L.” que suponga su participación en esa actividad del motor de búsqueda.

Por el contrario, y como recoge el TJUE en el fundamento 46 de su sentencia, el tribunal remitente señala que Google Inc gestiona técnica y administrativamente Google Search y que no está probado que Google Spain realice en España una actividad directamente vinculada a la indexación o almacenamiento de información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros.

Es preciso, por tanto, determinar y acreditar en cada caso la existencia y alcance de la participación de cada uno en la determinación de los medios y fines del tratamiento para que pueda hablarse de corresponsabilidad, lo que en modo alguno se ha producido respecto de “GOOGLE Spain, S.L.”, y que, desde luego, no puede fundarse -como sostiene la sentencia recurrida- en la vinculación mercantil o empresarial entre las dos sociedades, pues la coparticipación, desde su propia definición semántica como «acción de participar a la vez con otro en algo», alude a la idea de participación conjunta en algún resultado o acción, lo que en este caso exigiría que las dos sociedades concurrieran en la tarea de determinar los fines y medios del motor de búsqueda, algo que no acontece (o, cuando menos, no ha quedado acreditado), debiendo concluirse que no cabe identificar ni confundir la determinación de fines y

medios de tratamiento, que caracteriza la condición de responsable, con una actividad de colaboración en la consecución de objetivos.

De ahí que solo “GOOGLE Inc” es la responsable del tratamiento pues es a ella a la que corresponde en exclusiva la determinación de los fines, condiciones y medios del tratamiento de datos personales”

(STS de 11 de marzo de 2016. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Huerta Garicano)

(ROJ: STS 1057/2016. Nº Recurso: 643/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA Y NECESIDAD DE OCUPACIÓN

Con ocasión de la impugnación del acuerdo de fijación de justiprecio, en cuanto pone fin al procedimiento expropiatorio, pueden denunciarse cuantas infracciones puedan haberse producido en los actos anteriores (aunque fueran susceptibles de impugnación autónoma)

“En el motivo primero del recurso, por la vía casacional del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se denuncia que la sentencia de instancia vulnera los artículos 62.1º.e) y 93 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; los artículos 1, 9 y 125 Ley de Expropiación Forzosa; del artículo 349 del Código Civil y del artículo 33.3º de la Constitución. En la fundamentación del motivo se aduce que el procedimiento de expropiación está viciado de nulidad de pleno derecho, porque la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes afectados por la obra pública antes mencionada, entre ellas la de propiedad del recurrente que fue expropiada, se dice que trae causa de la Modificación del Plan Funcional del Centro de Transportes de Mercancía de Interés Autonómico de Sevilla, aprobado mediante Orden de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de 7 de abril de 2009, publicada en el Boletín oficial de la Junta de Andalucía número 80, de 28 de abril. Pues bien, lo que se razona en el motivo es que dicho Plan Funcional no constituye título suficiente a los efectos de las mencionadas declaraciones, que constituyen el presupuesto de la ocupación de los bienes objetos de expropiación y, por tanto, la ocupación ha de considerarse como vía de hecho, por nulidad del procedimiento de expropiación.

Planteado el debate en la forma expuesta, es necesario comenzar por señalar que este debate ya se ha suscitado ante la Sala de instancia e incluso ante esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, en varios recursos referidos al mismo proyecto y en los que se impugnaban también acuerdos, de Valoración de fincas expropiadas a tales fines -por todas, sentencia de 20 de octubre de 2015, dictada en el recurso 709/2014, la última de las sentencias dictadas por esta Sala, en la que se hace referencia a otras anteriores-, si bien esa cuestión ni fue examinada en la sentencia de instancia ni en la de casación, porque había sido suscitado el debate en momento procesal improcedente. No es eso lo que cabe apreciar en el caso de autos en el que este debate sobre la nulidad del procedimiento fue ya aducido en la propia demanda del recurrente y fue objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia, como hemos visto en su transcripción. Antes de proceder al examen del motivo debemos hacer referencia¹ a la petición de su inadmisibilidad que se opone por la defensa autonómica, que considera que la impugnación aflora de las actuaciones previas al procedimiento expropiatorio no es admisible, porque lo que aquí se impugna es el acuerdo de valoración y no la aprobación del proyecto del que el mismo trae causa.

No podemos compartir ese alegato que está en abierta contradicción con lo que viene declarando la jurisprudencia de esta Sala en relación con la posibilidad de que puedan invocarse, con ocasión de la impugnación de los acuerdos de valoración, los defectos procedimentales que sean apreciables a lo largo del procedimiento expropiatorio, incluso desde sus inicios, como ponen de manifiesto las sentencias que se citan en relación con el motivo segundo del recurso, referidos a la reiterada jurisprudencia sobre el incremento del justiprecio en el ya mencionado porcentaje del 25 por 100 en los supuestos de nulidad, porque esas nulidades están referidas, precisamente a trámites originarios del procedimiento expropiatorio.

Como se declara en la sentencia de 17 de diciembre de 2012 (recurso de casación 4865/2011), “... tal planteamiento no puede compartirse, ya que no toma en consideración la constante jurisprudencia de esta Sala, que encuentra apoyo en el art. 1,26 de la Ley de Expropiación forzosa , según la cual y con ocasión de la impugnación del acuerdo de fijación del justiprecio, en cuanto pone fin a dicho procedimiento, pueden denunciarse cuantas infracciones puedan haberse producido en los actos anteriores (aunque fueran susceptibles de impugnación autónoma), incluida la impugnación indirecta de las normas de planeamiento que sirvieron de fundamento a la expropiación”:

(STS de 16 de marzo de 2016. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Olea Godoy)

(ROJ: STS 1119/2016. Nº Registro: 2834/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

XIII. FUENTES

REGLAMENTO AUTONÓMICO

El TS declara la nulidad del Decreto 357/2010, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento para la protección de la calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica, por omitir en su elaboración el trámite de informe del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, previsto en el artículo 57 de la Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía.

“Siguiendo un orden lógico, hemos de examinar, en primer lugar, el motivo que se dirige a impugnar Decreto 357/2010, de 3 de agosto —en concreto, los defectos producidos en su tramitación— que constituye, sin duda, un cuestión previa al análisis del contenido del Reglamento, por el mismo aprobado.

La cuestión suscitada en la instancia, lo que exponemos antes del desarrollo del motivo que nos concierne -que es el séptimo de los planteados por la Federación recurrente-, no fue otra que la vulneración del artículo 57 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, que señala:

“1. Se crea el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales como órgano de representación de los municipios y las provincias ante las instituciones de la Junta de Andalucía con la finalidad de garantizar el respeto a las competencias locales. Para el ejercicio de sus competencias goza de autonomía orgánica y funcional. El Consejo adoptará su propio reglamento interno de organización y funcionamiento.

Corresponde al Consejo Andaluz de Gobiernos Locales conocer con carácter previo cuantos anteproyectos de leyes, planes y proyectos de disposiciones generales se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que afecten a las competencias locales propias, e informar sobre el impacto que aquellas puedan ejercer sobre dichas competencias, pudiendo emitir juicios basados en criterios de legalidad y oportunidad que en ningún caso tendrán carácter vinculante.

Los informes del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales se aprobarán mediante votación, por mayoría simple de los asistentes.

El Consejo Andaluz de Gobiernos Locales estará compuesto por la totalidad de la representación local en el Consejo Andaluz de Concertación Local más cinco cargos electos locales propuestos por la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación. El presidente o presidenta será elegido por mayoría absoluta del Consejo.

Los miembros del Consejo podrán delegar el ejercicio del cargo en otros miembros electos de la misma diputación o ayuntamiento de la que forman parte.

5. Cuando se rechacen las observaciones o reparos formulados por el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, deberá mediar información expresa y detallada.

6. En el trámite parlamentario de las disposiciones legislativas y planes que afecten a lo recogido en el apartado 2 de este artículo, será conocida la posición del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

7. Reglamentariamente se establecerá su régimen de funcionamiento”.

No existe duda de que la Ley 5/2010, de 11 de junio que creaba el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, se encontraba en vigor cuando fue aprobado el Decreto impugnado 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética.

En concreto, la Ley entró en vigor, según su Disposición Final Undécima, “a los treinta días de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía”; como quiera que esto tuvo lugar en el BOJA de 23 de junio de 2010, la entrada en vigor, en consecuencia, tuvo lugar el 23 de julio de 2010. El Decreto fue aprobado el 3 de agosto siguiente, y publicado en el BOJA de 13 de agosto de 2010. No existe, pues, duda de la vigencia de la Ley 5/2010 en el momento de la aprobación del Decreto impugnado, como la misma sentencia de instancia reconoce”.

(STS de 21 de abril de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde).

(ROJ: STS 1714/2016. Nº Recurso: 4135/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Corresponde al órgano judicial enjuiciar la adecuación de la actividad administrativa encaminada a ejecutar una sentencia.

“Para resolver el presente recurso, debemos partir de la firmeza del Auto de fecha 23 de enero de 2014, en el que se ordenó la tramitación y aprobación de un nuevo PERI “que cumpla **en su ámbito territorial propio, los requisitos indicados por el Tribunal Supremo...**”, concretando* en definitiva, la forma en que la ejecución de sentencia debía realizarse.

El Ayuntamiento lejos de redactar y aprobar un nuevo PERI que sustituya

al anulado, ha optado por una mera modificación que afecta en exclusiva al viario del lindero este, modificación que se posibilita, mediante la ampliación del ámbito físico del sector, incluyendo en él suelos clasificados como no urbanizables de especial protección agrícola, operación que, aparte de afectar a terrenos ajenos al “ámbito territorial propio” del PERI, supone una reclasificación del suelo prohibida legalmente.

Critica la parte recurrente la decisión adoptada por la resolución de instancia, en cuanto supone establecer y predeterminar la forma en que la Administración debe proceder a fijar el contenido del PERI, como consecuencia de la actividad dirigida a la ejecución de la Sentencia. Olvida la administración recurrente que el TC en su sentencia de fecha 15 de diciembre de 1980, deja claro de la labor de enjuiciar la adecuación de la actividad administrativa encaminada a ejecutar una, sentencia al contenido de su fallo corresponde al órgano judicial, cuando afirma que “que para determinar cuáles son los propios términos de la sentencia, labor que corresponde al órgano judicial encargado’ de la ejecución no ha de acudirse única y exclusivamente al tenor de su fallo o parte dispositiva sino que es necesario acudir a su fundamentación y argumentación jurídicas que, a su vez, se encontrarán unidas a las pretensiones de la parte que formula el recurso con las que lógicamente habrá de ser congruente. Si el Juez o Tribunal con su sentencia otorgan la tutela pretendida por el recurrente, el contenido de la pretensión será decisivo en la determinación de los términos del fallo, así como fundamento de la ejecución” En idéntico sentido la Sentencia 211/2013, de 16 de diciembre de 2013, señala que “Este Tribunal tiene declarado que “el derecho a la ejecución de Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones, de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial. No obstante hemos advertido que el alcance de las posibilidades de control por parte de este Tribunal del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado no es ilimitado, pues es también doctrina constitucional consolidada que la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional que, como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales. Por esta razón el control que este Tribunal puede ejercer sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si esas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta.

En consecuencia, cuando la Sala de instancia lleva a cabo dicho control, no está desbordando el ámbito del ejercicio de la potestad jurisdiccional, ni invadiendo competencias discrecionales de la administración, por lo que no

puede entenderse que tal control suponga un ejercicio abusivo prohibido por el artículo 71.2 LJCA.”

(STS de 18 de abril de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 7º y 8º. Magistrado Ponente Sr. Tolosa Tribiño)

(ROJ: STS 1719/2016. Nº Recurso: 104/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

INSPECCIÓN TÉCNICA DE VEHÍCULOS

La actividad de inspección técnica de vehículos está excluida de la Directiva 2003/123, de Servicios.

“Entrando ya en el examen de los motivos de casación, hemos visto que en el motivo primero se alega la infracción de los artículos 2.2.d/ de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior y 2.2 de la Ley 17/2003, de 23 de noviembre, de transposición de la directiva de servicios, aduciendo la recurrente que la sentencia de instancia ha incurrido en un error *in iudicando* por cuanto la actividad de inspección técnica de vehículos está excluida de la Directiva de servicios. Y en esa misma línea de argumentación abunda el motivo de casación segundo, en el que se alega de nuevo la infracción de los mismos preceptos.

Ambos motivos deben ser acogidos; y ello por las mismas razones que hemos expuesto en nuestra sentencia ya citada de 21 de abril de 2016 (casación 2574/2012), cuyo fundamento jurídico cuarto tiene el siguiente contenido:

« (...) CUARTO.- Todas las partes recurrentes han alegado en sus respectivos recursos que la sentencia impugnada es contraria a derecho al considerar aplicable en el ámbito de las ITV la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a-Ios servicios en el mercado interior (Directiva de servicios) y la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que transpone a nuestro ordenamiento interno los principios y las disposiciones de la Directiva.

Esta cuestión está presente, directa o indirectamente y con distintos argumentos en los cuatro motivos del recurso de Grupo Itevelesa S.L., en los motivos primero a cuarto y sexto del-recurso de Applus Iteuve Technology S.L., en los motivos primero a quinto de Asistencia Técnica Industrial S.A:É. y en los motivos primero a tercero y quinto del recurso de Certio ITV S.L.

La sentencia impugnada asumió la tesis que propugnaba la parte demandante, y estimó que la regulación de la seguridad industrial en general, y la relativa a la inspección técnica de vehículos en particular, quedaba afectada por la Directiva 2006/123/CE, de servicios y por la ley 17/2009, de transposición, declarando al efecto lo siguiente:

La conclusión es que la Directiva 2006/123/CE y la Ley 17/2009 resultan aplicables al ámbito de la seguridad industrial de acuerdo con los parámetros europeos de interpretación. Este planteamiento no queda afectado por el hecho de que sea una norma con rango de ley la que defina la configuración del sector e introduzca las restricciones cuestionadas. El caso es que la Ley 17/2009 es posterior y de carácter básico, de forma que se impone a la Ley 12/2008 pero, en cualquier caso, según lo argumentado correspondería estar sencillamente al efecto directo de la Directiva inaplicando la normativa interna eventualmente contradictoria con la misma.

Las razones mencionadas y especialmente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2009 permiten considerar la aplicación de la Directiva 2006/123/CE como un acto claro a los efectos de hacer innecesario el planteamiento de una cuestión prejudicial europea, en el bien entendido que en el supuesto que nos ocupa la presente sentencia es susceptible de recurso.

Una vez fijada la premisa de que la Directiva de servicios resultaba aplicable al ámbito de la seguridad y, más específicamente, en el de la inspección técnica de servicios, la sentencia recurrida apreció la existencia de una incompatibilidad generalizada entre el principio de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios que impone la normativa europea y el régimen de autorización administrativa establecido en los Decretos impugnados, por lo que anuló un determinado número de preceptos del Decreto 30/2010 que establecen el régimen de autorización administrativa y otras restricciones contrarias a la Directiva de servicios y el Decreto 45/2010 en su integridad. En la tramitación de los recursos de casación, y a la vista de las alegaciones de las partes recurrentes, esta Sala decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la aplicabilidad de la Directiva 2006/123/CE a las cuestiones de si el artículo 2.2.d) de dicha Directiva, que se refiere a los servicios en el ámbito del transporte, excluye de su ámbito de aplicación a las actividades de ITV (cuestión primera), si -en caso de que las actividades de ITV entrasen en el ámbito de aplicación de la Directiva- podría aplicarse la causa de exclusión prevista en el artículo 2.2.i) de la Directiva (cuestión segunda), si -en caso de aplicación de la Directiva- podrían someterse las actividades de ITV a la previa autorización administrativa (cuestión tercera) y si resulta compatible con la Directiva -y en caso de que no fuera aplicable- con el artículo 43 TFUE, una normativa que supedita el número de autorizaciones de ITV al contenido de un plan territorial en el cual, como motivos para

justificar la restricción cuantitativa, figuran los de garantizar la cobertura territorial adecuada, asegurar la calidad del servicio y promover la competencia entre los operadores, incluyendo a tal efecto elementos de programación económica (cuestión cuarta).

La respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas, recogida en sentencia de 15 de octubre de 2015 (asunto C-168/14), es concluyente en el extremo relativo a la inaplicabilidad de la Directiva de servicios a las actividades de ITV. La citada sentencia del TJUE rechazó, en contestación a la cuestión prejudicial segunda, el razonamiento esgrimido por los recurrentes en sus contestaciones a la demanda, y reproducido ahora en los recursos de casación, de que las actividades de las estaciones de inspección técnica de vehículos se encuentren excluidas de la Directiva de servicios, de conformidad con el artículo 2.2.j) de la misma, por el hecho de considerar que se trata de actividades ligadas al ejercicio de la autoridad pública, pues aunque el artículo 79.1.c) del Decreto 30/2010 reconoce a los operadores de las estaciones de servicios facultades de inmovilización cuando los vehículos, en el momento de la inspección, presenten deficiencias de seguridad, la sentencia del TJUE advierte (apartado 58) que esa decisión de inmovilización solo puede adoptarse *“en los casos establecidos por la normativa aplicable”* y *“de acuerdo con las instrucciones y protocolos aprobados por la Agencia Catalana de Seguridad Industrial”*, es decir, bajo la vigilancia directa del Estado a que se refiere el artículo 2 de la Directiva 2009/40/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la inspección técnica de vehículos a motor y de sus remolques, que establece que la ITV puede ser efectuada por el Estado, por un organismo público *“o por organismos o establecimientos designados por el Estado y que actúen bajo su vigilancia directa, que podrán ser organismos privados debidamente autorizados para ello.”* En este extremo la conclusión del TJUE, que consideró que las estaciones de ITV no participan del ejercicio del poder público en el sentido del artículo 51 TFUE, es coincidente con la sentencia impugnada, que había mantenido que el concepto de poder público del artículo 51 TFUE no se extiende a las actividades privadas sometidas a supervisión por una autoridad pública, que aparece como responsable en última instancia, y por tanto, no puede aplicarse a las actividades de ITV la causa de exclusión del artículo 2.2.i) de la Directiva de servicios.

Por el contrario, en relación con la cuestión prejudicial primera (Sentencia del TJUE indica que, de acuerdo con el artículo 2.2.d) de la Directiva, se excluyen de suplicación *“los servicios en el ámbito del transporte”*, y como dicho concepto no está definido en la Directiva, el TJUE delimita su alcance, estimando que el legislador de la Unión europea, al utilizar la expresión de *“servicios en el ámbito del transporte”*, en lugar de servicios de transporte, no restringe

la exclusión a los servicios de transporte en sí mismos, sino que estima que la exclusión abarca no solo la actividad física de desplazamiento de personas o mercancías, sino también cualquier servicio ligado a dicha actividad de forma inherente, y al respecto considera que la ITV es un requisito previo e imprescindible para el ejercicio de la actividad principal en que consiste el transporte, como se desprende del objetivo de seguridad vial que informa la actividad de ITV.

Concluye sobre esta cuestión la sentencia del TJUE afirmando que *“...las actividades de inspección técnica de vehículos deben ser entendidas como “servicios en el ámbito del transporte”, a efectos del artículo 2, apartado 2, letra d) de la Directiva de servicios”* (apartado 50).

“Por lo tanto, debe declararse que la Directiva de servicios no es aplicable a las actividades de inspección técnica de vehículos, inspección que, por estar comprendida entre los servicios en el ámbito del transporte, tampoco está sujeta a las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre prestación de servicios, de conformidad con el artículo 58 TFUE, apartado 1” (apartado 52).

Considerando lo anterior, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva de servicios debe interpretarse en el sentido de que las actividades de inspección técnica de vehículos están excluidas del ámbito de aplicación de dicha Directiva” (apartado 54).

A la vista de las consideraciones que efectúa la sentencia del TJUE, en el sentido de que la Directiva de servicios no es aplicable a laicidad de ITV, hemos de estimar los motivos de los recursos de casación que mantuvieron dicha interpretación del derecho comunitario y denunciaron la sentencia impugnada por llegar a la conclusión contraria, con infracción de la propia Directiva de servicios, de afirmar su aplicabilidad a las ITV y fundamentar en tal apreciación la declaración de nulidad de los Decretos impugnados».

(STS de 25 de abril de 2016. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas)

(ROJ: STS 2035/2016. Nº Recurso: 3624/2012. <http://www.poderjudicial.es>)

XX. RESPONSABILIDAD

ERROR JUDICIAL

La demanda para el reconocimiento de error judicial exige que previamente se promueva incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución judicial a la que imputa el error.

“La Sala debe examinar, como cuestión previa, si la presente demanda para el reconocimiento de error judicial es admisible o no por razón del agotamiento de los recursos, al haberse alegado por el Abogado del Estado, y por las representaciones procesales de Prosegur, Compañía de Seguridad, S. S. y Zurich Insurance PLC, Sucursal en España así como por el Ministerio Fiscal que el requisito relativo al agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento, art. 293,1.f) de la LOPJ , no se ha cumplido.

Según dicho precepto “*La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse*”. Así pues, dicho plazo constituye un requisito temporal al que se supedita el éxito de la acción de reconocimiento del error judicial, y dicho plazo, dado el carácter sustantivo y autónomo de la demanda de error judicial frente a la resolución judicial con respecto a la cual se solicita su declaración —al igual que ocurre con las demandas de revisión de sentencias firmes— no es un plazo procesal, sino un plazo sustantivo de caducidad del derecho que se rige por las normas establecidas en el artículo 5.2 del Código Civil (SSTS de 22 de diciembre de 1989, 20 de octubre de 1990 y 14 de octubre de 2003 —REJ 18/2002—, todas ellas de la Sala Primera del Tribunal Supremo).

Por otra parte, el cómputo se inicia desde la notificación de la resolución judicial firme. Así resulta del apartado f) del artículo 293.1 LOPJ , al señalar que “*no procederá la declaración de error judicial contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubiera agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento*”; tal disposición solo puede referirse a los que resulten procedentes o, al menos, a los que le hayan sido ofrecidos al litigante aunque fueran improcedentes, pero no a cualquier otro recurso que, aunque esté previsto en el ordenamiento, no esté establecido concretamente para combatir el fallo de que se trate.

Es cierto que esta Sala venía estableciendo —en un principio— que el plazo para la interposición de la demanda para el reconocimiento de error judicial no se interrumpía por la formalización y desarrollo de un Incidente de nulidad de actuaciones, ni tampoco por la interposición de un Recurso de amparo, sin embargo, a partir de la STS de 23 de septiembre de 2013 de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (REJ 9/2013), esta Sala

de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, asumiendo plenamente los razonamientos contenidos en la citada sentencia, ha considerado que el Incidente de nulidad de actuaciones se incardina dentro del ámbito del artículo 293.1 .f) de la LOPJ, decisión, pues, que exige qué, previamente a la interposición de la demanda para el reconocimiento por error judicial, se promueva Incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución judicial a la que imputa el error, comenzando el cómputo del plazo para interponer aquélla a partir de la resolución denegatoria del Incidente de nulidad de actuaciones. Y ello es así porque iniciar un procedimiento específicamente destinado a declarar el error judicial —como el que ahora nos ocupa— no tiene sentido cuando la equivocada apreciación de los hechos o aplicación del derecho puede ser un remedio dentro del proceso, a través del Incidente de nulidad de actuaciones.

Por todas, SSTs de 16 de enero, 17 de julio y 2 de septiembre de 2014, dictadas en los Recursos para reconocimiento de error judicial números 41/2013, 9/2013 y 18/2013, respectivamente. En términos similares se pronuncia el Tribunal Constitucional que considera al Incidente de nulidad de actuaciones como *“el remedio procesal idóneo”* para obtener la reparación de la vulneración de derechos fundamentales, señalando que, en tales casos, antes de acudir en amparo debe solicitarse en vía ordinaria el referido Incidente de nulidad *“sin cuyo requisito la demanda de amparo devendrá inadmisibile... por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”* (STC 228/2001, de 26 de noviembre, 74/2003, de 23 de abril, 237/2006, de 17 de julio y 126/2011, de 18 de julio).

Esta doctrina no es contradictoria con los últimos pronunciamientos al respecto de la citada Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Efectivamente, en la STS (Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ) de 23 de abril de 2015, REJ 15/2013, se ha recordado que, fuera de este supuesto contemplado por el Tribunal Constitucional en la STC 216/2013, de 19 de diciembre —esto es, en el que *“el propio objeto del proceso consistía en la posible vulneración de derechos fundamentales (derechos a la libertad de expresión y al honor), de forma que la posible lesión del derecho fundamental no resultaba atribuible ex novo a la sentencia que cerraba la vía judicial previa al amparo”*- -, ha de entenderse qué, antes de acudir al amparo constitucional, ha de acudir al incidente excepcional de nulidad de actuaciones para intentar solventar ante la jurisdicción ordinaria eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que no hubiesen podido denunciarse con anterioridad. La misma STS de la Sala Especial recuerda la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su STS de 27 de octubre de 2010 (REJ 32/2008), que configura el Incidente de nulidad de actuaciones como un

remedio de exigencia previa inexcusable antes de la reparación excepcional del derecho que supone la declaración de error judicial. Y, a su vez, reitera la doctrina establecida por la propia Sala Especial en su ya citada STS de 23 de septiembre de 2013: *“haciendo referencia a que la exposición de motivos de la lo 6/2007 por la que se modifica el artículo 241 LOPJ caracteriza el incidente de nulidad de actuaciones como el mecanismo procesal idóneo para identificar y corregir las infracciones de derechos fundamentales acaecidas en el quehacer jurisdiccional y lo configura como el primer escalón de protección y garantía de los derechos fundamentales, como una corrección interna dentro del propio ámbito judicial de las infracciones de los derechos fundamentales, la sala concluye que es una razón de lógica jurídica incluir el incidente de nulidad de actuaciones en el ámbito del artículo 293.1. f) LOPJ como forma de agotar dentro de la propia esfera jurisdiccional las posibilidades de subsanación y corrección del error, apurando las posibilidades de dar a la parte-una respuesta judicial a su pretensión, dado que la eventual sentencia estimatoria de una demanda de error judicial no colmaría ese derecho, pues solo darla, a lo sumo, derecho a una indemnización por el error sufrido. En consecuencia, si existe una posibilidad de corregir el error dentro del proceso entiendo la Sala que habrá que ser apurada siempre antes de acudir al mecanismo indemnizatorio, que solo puede paliar las consecuencias del error, pero nunca equivaler a la satisfacción de la tutela solicitada mediante el ejercicio de la acción”*.

En términos similares se han expresado los AATS de la misma Sala Especial de 19 de junio de 2015 (REJ 1/2014 y 2/2015), concluyendo, este último, en los siguientes términos: *“En suma, la pretendida violación de derechos fundamentales achacada por los demandantes a la referida sentencia no ha sido objeto, ni formal ni materialmente, de ningún incidente de nulidad de actuaciones que permitiera un remedio dentro del proceso. Y así, al no haberse cumplido el requisito establecido en el art. 293.1.f) LOPJ, esta demanda debe ser declarada inadmisibile”*.

(STS de 17 de marzo de 2016. Sala 3ª, Secc. 1ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde)

(ROJ: STS 1385/2016. Nº Recurso: 37/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

ALCANCE DE LAS SECUELAS Y DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD LABORAL

El día a quo para el inicio del cómputo del plazo de un año para reclamar por daños, es la fecha en que el perjudicado tuvo noticia del alcance de sus secuelas que estaban ya estabilizadas, con independencia que a efectos laborales pueda tener la declaración de incapacidad o invalidez permanente.

“Apreciada esa identidad sustancial en cuanto a lo que es estrictamente litigioso, la Sala declara que el criterio ajustado a Derecho es el de la sentencia ahora recurrida y esto por las siguientes razones:

1º Como se ha dicho ya, es una cuestión de hecho no controvertida por las partes que tras el informe de 3 de mayo de 2011 del traumatólogo doctor Hueso la parte recurrente tuvo noticia del alcance de sus secuelas: estaban ya estabilizadas, luego sólo cabía que en lo sucesivo se sometiese a terapias paliativas pues las posibilidades de curación eran nulas.

2º Así es criterio jurisprudencial que en caso de daños continuados, de altibajos, recaídas, de enfermedades crónicas o excepcionales de imprevisible evolución, el plazo de ejercicio de la acción queda abierto hasta que se concreten definitivamente las secuelas. Se habla también de “secuelas posibles”, “indefinidas” que son aquellas cuya incidencia futura se desconoce. En estos casos el *dies a quo* o día de inicio del plazo de un año para reclamar, se fija en el momento en que se conozca de forma definitiva el alcance o efectos del quebranto, es decir, aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas o desde que ese alcance de quede definitivamente determinado.

3º A estos efectos no puede tenerse como *dies a quo* el momento en que se reconoce una minusvalía pues, como señala la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 24 de febrero de 2009 (recurso 8524/2004) ese tipo de declaración - también en ese caso reconocida por sentencia de un Juzgado de lo Soda I- « es una consecuencia, precisamente, de las secuelas previamente establecidas...de manera que la acción para reclamar los perjuicios se podía ejercitar con pleno conocimiento del alcance de los mismos desde que las secuelas quedaron fijadas, de la misma forma que tal determinación del alcance de las secuelas justifica la solicitud de declaración de incapacidad a efectos laborales y no a la inversa ».

4º En fin, como ha dicho recientemente esta Sala y Sección en Sentencia de 9 de febrero de 2016 (recurso de casación 1483/2014), cuando no consta que entre esas dos fechas - informe médico y declaración de la incapacidad o invalidez - « no hubiera ninguna evolución de las secuelas, ni que se produjera un cambio significativo de los daños sufridos con ocasión de su caída», la declaración de incapacidad o invalidez permanente total es una decisión ya sea administrativa como judicial de revisión, «llamada a desplegar su eficacia principalmente en el ámbito laboral y de previsión social y, en todo caso, presupone una previa verificación de todas las consecuencias del accidente/En otras palabras, tanto el informe médico...como la decisión administrativa...presuponen que las secuelas habían quedado definitivamente fijadas con anterioridad.”

(STS de 21 de abril de 2016. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Requero Ibáñez)

(ROJ: STS 1694/2016. Nº Recurso: 3317/2014. <http://www.poderjudicial.es>)