

# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía<sup>1</sup>

## IX DERECHO ADMINISTRATIVO ECONOMICO

Aguas Comunidades de Regantes

Pérdida de la condición de comuneros. Baja; procedimiento y efectos

La sentencia estima en parte el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia Andaluza del Agua, de 5 de julio de 2012. Estima la sentencia que es procedente reconocer que el recurrente no ostenta la condición de comunero, y desestima el resto de pretensiones.

La pretensión de la actora es que se declarase que nunca ostentó la condición jurídica de comunera, así como la nulidad de su incorporación a la comunidad de regantes y el derecho a separarse de la misma y, en consecuencia, que no debe abonar cantidad alguna y que se le devuelvan las cantidades indebidamente cobradas.

El asunto es sustancialmente idéntico al resuelto la apelación nº 185/2015 (S. 18-10-2016). La parte apelante es la misma y la razón jurídica de la discrepancia con la sentencia, y los fundamentos de esta, son iguales en lo esencial. Procede adoptar la misma solución.

*La sentencia estima que la inadmisión de la alzada impide por su propia naturaleza que concurra la ficción del silencio. Pero dicha inadmisión es contraria a derecho y la comunidad debió resolver en uno u otro sentido.*

*Parte la sentencia de los artículos 42 y 43, sobre el silencio, de la ley 30/1992: silencio que es positivo en casos de procedimientos iniciados a instancia de parte, salvo en contados supuestos.*

*El silencio positivo constituye un verdadero acto, según la doctrina y la jurisprudencia. Contra lo sostenido por la administración, entiende la sentencia que no estamos ante una petición de revisión de oficio de acto firme, lo que conllevaría que el silencio fuera negativo.*

*Por otro lado, sostiene la sentencia que la actividad instada por la actora es una petición fuera de cualquier otro procedimiento, solicitando su baja, a su instancia; no de oficio. De modo que la actora*

---

<sup>1</sup> Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

*insta su solicitud en un procedimiento concreto y que al no obtener respuesta en plazo concluye con el silencio positivo. Y no estima la sentencia que se transfieran facultades relativas al dominio público: no hay indicios de que tras la baja, la actora vaya a aprovechar aguas de dominio público. Y es que la baja conlleva la pérdida de los derechos que antes ostentaba en su condición de miembro de la comunidad.*

*La única apelante, Caixabank, efectúa unas consideraciones ajenas al recurso propiamente dicho. Se refiere a los procedimientos iniciados por otras personas con idéntica pretensión, lo que supondría que su crédito -millionario- frente a la comunidad quedaría cual cascarrón jurídico sin contenido.*

*Es claro que se refiere la apelante a maniobras que pudieran constituir fraude de ley. Sin embargo, en los términos en que ha sido enjuiciado el asunto, no podemos hacer afirmación alguna al respecto, y nuestro enjuiciamiento ha de limitarse, por ser la naturaleza de la apelación, a la revisión en derecho de la sentencia dictada. Nada más.*

*El primer motivo propio de la apelación es que no procede el silencio en tanto que se trata, la solicitud del actor, de una revisión de oficio, en sentido material.*

*No puede prosperar el argumento. Como bien sostiene la apelada, si no consta ningún acuerdo de incorporación, no puede pretenderse anular dicho acuerdo. Y, en efecto, a la vista del escrito obrante a los folios 9 y 10 del expediente, se deduce que la actora parte, como premisa básica de su petición, de que nunca se incorporó voluntaria ni legalmente a dicha comunidad de regantes. Lo que materialmente interesa es apartarse de dicha comunidad. Asilo ha entendido la sentencia. No estamos pues ante una revisión de oficio que deba entenderse denegada por silencio negativo.*

*En cuanto a que se obtienen facultades propias del dominio público, aunque el asunto ha sido claramente resuelto en sentencia, el apelante insiste en el mismo.*

*A su juicio, en aplicación del artículo 212.4 del reglamento del dominio público hidráulico, la baja supondría aumentar la cargas de los demás. De prosperar esta tesis, ningún comunero podría, nunca, separarse. Por otro lado, no ha de haber, por fuerza, aumento de cargas pues el comunero que se marcha no paga, pero tampoco recibe.*

*Y sostiene el apelante que de no cumplirse con lo mandado en el precepto citado, el que se da de baja quedaría disfrutando del dominio público de forma gratuita. Como decimos, nada de eso aparece acreditado, ni indiciariamente, en el proceso. No hay adquisición de facultades del dominio público por la parte ahora apelada. Afirmar lo contrario es algo ajeno a cualquier soporte probatorio y carece también de apoyo jurídico. Tampoco este motivo puede prosperar.*

*Sostiene, por último, la apelante que la sentencia es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que impide reconocer el silencio positivo en peticiones efectuadas al margen de un concreto procedimiento.*

*Es cierto que la jurisprudencia del TS ha limitado los supuestos de silencio positivo, estableciendo diversas excepciones, en aplicación e interpretación de la ley.*

*Sin embargo, entendemos que tampoco en este particular la sentencia es contraria a derecho.*

*La parte demandante, ahora apelada, al solicitar la nulidad y baja -separación- de la comunidad de regantes, está instando un procedimiento pues resulta obvio que solo tras el procedimiento previsto en los estatutos de la comunidad puede procederse a la separación de un comunero. Otra cosa es una situación de puro hecho. Y esa separación puede tener lugar mediante procedimiento iniciado de oficio desde luego, pero también a instancia de la persona interesada. Eso es lo que aquí ha sucedido. Y es que la comunidad de regantes tiene unos estatutos u ordenanzas, aprobados administrativamente por el organismo de cuenca (art 198 R.D. P.H) y que regulan la comunidad. Así pues, el ingreso, o la baja por separación de la misma, son aspectos, sin duda, incluidos en esas normas que regulan la vida y funcionamiento de la comunidad. Es en el marco de esa normativa en el que ha de encuadrarse la petición del actor para, tras el procedimiento establecido, llegar a una resolución. No estamos aquí, contra lo que el apelante afirma, ante una petición que se formule fuera de todo procedimiento: La parte actora pide como miembro que una comunidad que se le separe de la misma por los motivos que estima oportunos. No se vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo reflejada en la sentencia de 17/12/2008.*

*Por todo lo expuesto la apelación debe ser desestimada.*

A todo lo anterior únase que la sentencia ya analiza la relevancia de los actos de la asamblea de comuneros sobre ingreso de la actora y la falta de relevancia de ellos a los efectos de declarar el ingreso en la comunidad de la recurrente. Asimismo la sentencia se pronuncia, con acierto, sobre la suerte que debió correr la alzada interpuesta. Hacemos nuestros los razonamientos de la sentencia.

En fin, la sentencia ha valorado toda la prueba practicada y resuelve en el sentido ya expuesto. La apelación no puede prosperar.

La administración apelante sostiene que existe desviación procesal: no se ha reclamado en vía administrativa lo que se solicita en la judicial.

Así, sostiene esta apelante, no se pidió que se apreciara el silencio por lo que no puede acordarla el juzgado. Invoca jurisprudencia del TS en su apoyo.

Lo primero que cabe oponer a esta alegación es que la plantea la parte como nueva en esta segunda instancia. No fue objeto de debate en la contestación a la demanda.

En segundo lugar, como bien destaca la parte apelada, lo cierto es que el silencio positivo, o negativo, se produce no por petición de la parte sino por mandato legal (art. 43 Ley 30/1992).

En fin, resulta dudoso -al menos- que la invocación del silencio constituya por ello una pretensión y no unos motivos que pueden alegarse hayan sido o no planteados ante la administración (art. 56 Ley 29/1998 ). Por todo ello, estimamos que no hay desviación procesal.

Al desestimarse el recurso se condena en las costas del recurso al apelante. (Artículo 139.2 L.J.C.A.).

(St de 14 de diciembre de 2016 Sala de Granada. Ponente Julian Moreno Retamino)

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Errores manifiestos o infantiles: tratamiento

Es objeto de recurso contencioso-administrativo el acuerdo por el que el TEARA desestima la reclamación interpuesta contra el acuerdo dictado por la Administración de Sevilla- Oeste-Noroeste de la Agencia Tributaria por el que se impuso a la recurrente sanción pecuniaria por infracción tributaria grave por importe de 4.304 €, al amparo del artículo 195.1 de la Ley General Tributaria en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente al tercer trimestre de 2013.

Tenemos que partir de la previa existencia de una previa actividad de comprobación de la que es consecuencia liquidación provisional que corrige la declaración de la entidad contribuyente al comprobar la existencia de cuotas soportadas deducidas de forma indebida. Más concretamente, la parte actora, reconoce haber deducido en exceso la cuota soportada que documentan cuatro facturas emitidas por la entidad T R M, S.C., por un importe real ascendente a 47,64 euros. La deducción de cuotas manifiestamente superiores responde al error de haber traducido la equivalencia de las cuotas realmente soportadas a pesetas (7927 pesetas) y posteriormente a euros en el momento de declarar.

Planteada en estos términos la cuestión litigiosa, debe resolverse dando por sentado, entre otras cosas, porque así lo reconoce el propio TEARA, que el ejercicio de la potestad sancionadora tributaria debe compatibilizarse con las exigencias del principio de culpabilidad, lo que por lo demás vino a confirmar el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de abril de 1990 . Esto quiere decir que si el presunto infractor demuestra que su conducta no respondió a una voluntad de transgresión de la norma, o al simple desentendimiento (por descuido o falta de atención) respecto de su mandato, no es posible reprocharle su conducta, lo que es especialmente evidente en los casos en que el sujeto, pretendiendo actuar conforme a Derecho, se ampara en una versión personal pero razonable de la norma objetiva, o cuando la orientación conforme a las normas es inaccesible para un obligado tributario medio, debido a su complejidad o a la dificultad de su comprensión.

Y en este supuesto, al descender al terreno de lo concreto, lo que tenemos, de un lado, es, la parte actora defiende su comportamiento tributario, explicando que, a su juicio, la Administración ha apreciado incorrectamente su culpabilidad, transmutando un simple error, ajeno a toda intención, en una conducta sancionable. Recalca entonces que su declaración es incorrecta pero que no hubo ánimo de ocultar o desfigurar su realidad tributaria.

Pues bien, precisamente a partir de de la explicación ofrecida por la recurrente, debemos desestimar el recurso, ante la dificultad de considerar justificada la conducta de un obligado tributario responsable de un descuido del tipo que narra, y que , como hemos visto, remite a la confusión sufrida al traducir mentalmente a pesetas el importe expresado en euros de las cuotas soportadas, para trasladarlo inmediatamente a una declaración -liquidación que como unidad de cuenta maneja la divisa europea.

Pero este error, teniendo en cuenta que la circulación sustituyendo definitivamente a la peseta tuvo lugar a mediados de 2002 - se trata de un hecho notorio , exento de prueba - habría sido fácilmente evitable con una diligencia ordinaria, por esta razón el que, siguiendo el hilo argumentativo de la demanda, incluso consideremos que se trata de un error infantil, más que exculpar, inculpa a la recurrente, en la medida en que la teoría y práctica del error se han esforzado siempre por tratar una frontera en función de la posibilidad de su vencimiento, que a su vez depende del grado de diligencia que habría requerido el sujeto para llegar a comprender la antijuridicidad de su conducta: desde este punto de vista, los errores infantiles o crasos expresan una desatención reprochable, que en este caso fundamenta el injusto de la sanción impuesta,. En esencia, este argumento sobre la inevitabilidad del error está ya desenvuelto en el acuerdo de imposición de sanción, de ahí que no se comparta la alegación de que el ejercicio de la potestad sancionadora no ha ha tenido el respaldo de suficiente motivación.

Las partidas improcedentemente acreditadas son saldos compensables en la cuota del IVA, luego el porcentaje de aplicación del 50% se ajusta a la previsión del artículo 195.2 de la Ley 58/2003, General Tributaria.

Revisado el expediente, consta que el mismo día de enero de 2015 se notificaron simultáneamente la liquidación provisional practicada y el acuerdo de iniciación del expediente sancionador, luego carecemos de razones para entender caducado este último por incumplimiento del plazo de tres meses previsto en el artículo 209 de la Ley General Tributaria.

Con desestimación del recurso, procede imponer las costas a la parte recurrente, hasta un límite de 600 € habida cuenta la complejidad del asunto resuelto.

(St 14 de diciembre de 2016. Sala de Granada. Ponente Rodríguez Moral).

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Incongruencia omisiva; concepto: diferencias entre pretensiones y alegaciones

Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia de fecha 10 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Almería, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente apelante frente a la desestimación presunta, por parte de la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Almería, de la solicitud de declaración de caducidad del procedimiento administrativo iniciado por la Administración para la extinción de la Autorización de Residencia y Trabajo por Cuenta Ajena de la recurrente.

La apelante, nacional de Marruecos, atribuye, en primer lugar, incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, al no dar respuesta, siquiera de forma implícita, a algunas cuestiones planteadas en la demanda, como los defectos formales denunciados (omisión del traslado de documentación incorporada de oficio) causantes de nulidad. Esta cuestión no obtiene respuesta siquiera de forma implícita por el Juzgador, sin que pueda deducirse la motivación del presunto rechazo del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. Esta incongruencia omisiva, afirma la parte apelante, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, por cuanto que, entre las exigencias de este derecho, se encuentra la de dar una respuesta motivada y fundada de las cuestiones suscitadas por las partes, citando en su apoyo las sentencias del Tribunal Constitucional 22/1998, de 27 de enero de 1998, y 67/2007, de 27 de marzo de 2007.

La parte apelada replica aduciendo que la sentencia apelada es ajustada a derecho.

Para determinar si existe incongruencia omisiva en una resolución judicial, no basta genéricamente con confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y “petitum”), a fin de comprobar si el órgano judicial dejó imprejuzgada alguna cuestión, sino que, además, “es preciso ponderar las circunstancias realmente concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva” (

SSTC 5/2001, de 15 de enero , 237/2001, de 18 de diciembre, y 27/2002, de 11 de febrero). Pues la exigencia de congruencia “no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo” (STC 182/2000, de 10 de julio).

Desde dicha perspectiva, la propia jurisprudencia que se cita pone de manifiesto la diferencia entre pretensiones y argumentos. Como señala la sentencia 8/2004, de 9 de febrero , el vicio de incongruencia omisiva “sólo tiene relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, denegación que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, sin que quepa la verificación de la lógica de los argumentos empleados por el Juzgador para fundamentar su fallo ( SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3 ; 82/2001, de 26 de marzo , FJ 4)”. Añadiendo la misma sentencia que “debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Respecto de las alegaciones, y salvo que se trate de la invocación de un derecho fundamental ( STC 189/2001, de 24 de septiembre , FJ 1), puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Respecto de las pretensiones, en cambio, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, STC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3 )”.

Aparte lo anterior, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 159/2008, de 2 de diciembre de 2008 (recurso de amparo 3070/2005; ponente, Excm. Sra. Doña María Emilia Casas Baamonde; ref. EDJ 2008/227526), en su fundamento jurídico tercero, recuerda que: “*Es doctrina “consolidada de este Tribunal la que sostiene que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE garantiza, como contenido primario y esencial, el de obtener de los órganos judiciales competentes una respuesta fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas por las partes con arreglo a las reglas de procedimiento establecidas en las leyes (SSTC 1 72/2002, de 20 de septiembre, FJ 3; 1 03/2003, de 2 de junio, FJ 3, entre muchas otras); respuesta que, no obstante, puede ser también de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2;*

206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras). Sin embargo, como es sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE no comprende “un imposible derecho al acierto del Juezador”, por lo que no corresponde a esta específica jurisdicción constitucional de amparo, que no es una tercera instancia revisora ni tampoco una instancia casacional, “constatar el grado de acierto de una determinada resolución judicial” (SSTC 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, por todas). Pero, partiendo de esta premisa general, también se ha señalado que no podría considerarse fundada en Derecho y, por tanto, satisfacer aquel contenido primario del derecho fundamental, la respuesta jurisdiccional que sea fruto de un error de hecho patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable, dado que en estos casos la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia de ejercicio de la justicia (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo). Por esta razón, el canon de análisis de sus presuntas violaciones es el que veda las resoluciones arbitrarias, irrazonables o fruto de un error patente, únicos supuestos en los que el Tribunal Constitucional podría sustituir al órgano judicial en su función de interpretar la legalidad ordinaria (entre otras muchas, SSTC 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 9; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; y 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3). De acuerdo con la anterior doctrina, no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas (STC 247/2006, de 24 de julio, FJ 5)”.

Del propio modo, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 107/2011, de 20 de junio de 2011 (recurso de amparo 2095/2009; ponente, Excmo. Sr. Don Ramón Rodríguez Arribas; ref. EDJ 2011/136382) insiste en que “es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, lo que implica, en primer lugar, que la resolución esté motivada, es decir, contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación contenga una fundamentación en Derecho, esto es, no acoja una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 6; 30/2006, de 30 de enero, FJ 5; y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6)”.

Como recuerda la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 51/2011, de 14 de abril de 2011, de la que ha sido ponente el Excmo. Sr. Don Manuel Aragón Reyes, en su fundamento jurídico segundo, con cita de la STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 2, en relación con el denunciado vicio de incongruencia de la sentencia, “...para que tal vicio exista es preciso que la Sentencia o la resolución judicial que ponga fin al

*procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuzgada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun estando motivada (SSTC 16/1998, de 26 de junio, FJ 4, 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3, 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4, y 156/2000, de 12 de junio, FJ 4), siendo posible incluso la desestimación tácita (por todas SSTC 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4, y 33/2002, de 11 de febrero, FJ 3<sup>o</sup>).*

Dicho esto, la Sala, luego del contraste entre la demanda deducida en el recurso contencioso-administrativo y la sentencia de instancia apelada, no llega a la conclusión que postula la parte apelante en el sentido de que dicha resolución judicial cometió el vicio de incongruencia omisiva. En efecto, como claramente se colige de la demanda, el motivo nuclear de ésta descansaba en la consideración de que se había producido la caducidad del procedimiento en que se acordó la extinción de la autorización en su día otorgada a la extranjera, sin que sea dable, con motivo de la impugnación del acto presunto desestimatorio de su solicitud de declaración de caducidad, disceptar sobre otro acto administrativo que no fue impugnado y que, por ende, alcanzó firmeza, incurriendo, de esta guisa, en una clara desviación procesal; de hecho, la solicitud de caducidad, de fecha 29 de octubre de 2013 (folios 96 y 97 del expediente administrativo), es posterior al acto administrativo que resolvió la extinción de la Autorización de Residencia Temporal y Trabajo C/A 2 Renovación, que se dictó en fecha 28 de mayo de 2013 (folio 88 del expediente administrativo). Ítem más, aparte de que la pretensión de la parte apelante supone desconocer el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la sentencia está motivada y no es incongruente -cuyas conclusiones son plenamente aceptadas por esta Sala-, pues resuelve el único motivo planteado por la parte actora, siendo ajena al debate del proceso de instancia la cuestión que, dice la parte apelante, introdujo, que no aparece en la letra del escrito rector de la instancia.

Razones, todas las cuales, culminan en la desestimación del presente recurso de apelación.

Las costas causadas en esta instancia se imponen a la parte apelante, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.

(St 13 de diciembre de 2016 Sala de Granada. Ponente Jesús Rivera Fernández)

## XVIII. PERSONAL

Universidades. Personal docente: jubilación anticipada; tributación

Las cantidades abonadas por la Universidad de Córdoba en su acuerdo de 29 de mayo de 2007, resultado del acogimiento de su petición de jubilación antici-

pada para el 30 de septiembre de 2007, acogiéndose a la normativa aprobada por la Junta de Gobierno de esa Universidad de 26 de febrero de 2002 (objeto de sucesivas modificaciones entre 2004 y 2011), sobre medidas incentivadoras para la jubilación voluntaria del Profesorado de la misma pertenecientes a los Cuerpos Docentes Universitarios, deben tener el tratamiento fiscal, a efectos del IRPF, de renta irregular y, por tanto, con el 40% de reducción a que se refiere el art. 18.2.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre y art. 11.1.f) y 2 del Real Decreto 439/2007.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, de fecha 6 de noviembre de 2015, actuando como órgano unipersonal, que desestima la reclamación nº NUMOOO formulada contra sendas solicitudes de rectificación de autoliquidación y consiguiente devolución de lo indebidamente ingresadas desestimadas por la Dependencia de Gestión de Córdoba de la A.E.A.T. en relación con el IRPF, ejercicios 2008 a 2012.

Considera el recurrente que las cantidades abonadas por la Universidad de Córdoba en su acuerdo de 29 de mayo de 2007, resultado del acogimiento de su petición de jubilación anticipada para el 30 de septiembre de 2007, acogiéndose a la normativa aprobada por la Junta de Gobierno de esa Universidad de 26 de febrero de 2002 (objeto de sucesivas modificaciones entre 2004 y 2011), sobre medidas incentivadoras para la jubilación voluntaria del Profesorado de la misma pertenecientes a los Cuerpos Docentes Universitarios, deben tener el tratamiento fiscal, a efectos del IRPF, de renta irregular y, por tanto, con el 40% de reducción a que se refiere el art. 18.2.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre y art. 11.1 .f) y 2 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, aprobatorios, respectivamente, de la Ley y del Reglamento del IRPF.

Fundamenta su pretensión, además de que así lo ha resuelto la Dirección General de Tributos en resolución de 9 de mayo de 2012 dando respuesta a la consulta vinculante 1012/2012, en la interpretación que realiza de la exigencia legal de que, para obtener la reducción pretendida, los rendimientos se obtenga en un periodo de generación superior a dos años. Dado que la Ley 35/2006 en su redacción originaria, no precisaba que debe entenderse por “periodo de generación”, entiende el actor que la modificación operada en dicha norma por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, introduce claridad y seguridad jurídica cuando precisa que “tratándose de rendimientos derivados de la extinción de una relación laboral, común o especial, se considerará como periodo de generación el número de años de servicio del trabajador”, esto es, aquellos en los que el demandante ha sido profesor de Universidad, pues tal circunstancia ha sido

tomada en consideración para el cálculo de la indemnización por jubilación anticipada y el cociente resultante de dividir el número de años de generación (34 años de servicios efectivos) y el número de años de fraccionamiento (siete) es superior a dos.

Al margen de no vinculación a los Tribunales de Justicia de las resoluciones de la Dirección General de los Tributos al dar respuesta a consultas de los contribuyentes, la interpretación que lleva a cabo el demandante no puede ser aceptada por el argumento fundamental de que es contraria a la finalidad con la que viene establecida legalmente la reducción pretendida. En realidad, esa reducción del 40% de los rendimientos irregulares encuentra su justificación en no penalizar con una mayor cuota resultante de la progresividad del IRPF a aquellos ingresos abonados en un único ejercicio y que se han generado en varios. En el presente supuesto la controversia sobre si el cómputo para el cálculo del periodo de generación debe ser el derivado de la fecha del acuerdo de la Universidad o el de años de servicio del demandante carece de relevancia alguna porque en realidad no hay periodo alguno de generación. El incentivo a la jubilación voluntaria reconocido al actor, en su cuantificación, es el resultado de la diferencia entre sus retribuciones brutas anuales en el año 2007 y la pensión máxima multiplicada por el número de años (7) en que al cumplir 70 años procedería su jubilación forzosa, distribuyéndose en mensualidades (84) de igual importe. De aquí entonces, por un lado, que no pueda considerarse un rendimiento irregular en los términos del Real Decreto 439/2007 pues no se imputa en un único periodo impositivo, sino que se abona mensualmente en cantidades idéntica y, en segundo lugar, la causa inmediata de tal incentivo no es la prestación de servicios durante un periodo determinado, sino incentivar un cese anticipado de la relación funcionarial, que no laboral, por lo que no puede hablarse de periodo de generación alguno, sino de una forma de determinación de los haberes a percibir tras la situación legal de jubilado y, por consiguiente, con igual tratamiento fiscal que los propios de dicha condición.

No obstante la desestimación de la demanda, la existencia de la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos mencionada en la demanda ha introducido cierta confusión en la cuestión jurídica debatida en este proceso que justifica la no imposición de costas al demandante.

(St 13 de diciembre de 2016 Sala de Sevilla Ponente Jose Angel Vazquez García)

## XX. RESPONSABILIDAD

Distinción entre daños permanentes y daños continuados a efectos de aplicar el régimen de secuelas.

La sentencia impugnada desestima el recurso dirigido contra la desestimación presunta de responsabilidad solicitada al considerar que la reclamación es extemporánea. Distingue entre daños permanentes y daños continuados. En los primeros el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. El Tribunal Supremo a los efectos del plazo para el ejercicio de la acción declara que, en estos casos, hay que tener en cuenta el momento desde el que puede ejercitarse la acción porque se conoce el alcance real de los daños. Las secuelas quedan perfectamente determinadas desde que se produce el alta médica o se efectúa el diagnóstico, que no pueden confundirse con los padecimientos que se derivan de la enfermedad.

Por el contrario, son daños continuados los que resultan indeterminados cuales los de la hepatitis C, pues se desconoce la incidencia que en el futuro de la víctima tendrá la enfermedad.

A la vista de todo lo expuesto, y conforme a la doctrina jurisprudencial sobre la materia, concluye la sentencia que estamos ante un caso de daños permanentes.

Consta que el origen del daño se encuentra en una supuesta negligencia en el momento del parto. Esto es, el NUM000 de 1997. Ya en un primer momento el diagnóstico era de sepsis por *Klebsiella*, leucodistrofia hipósico-isquémica, hiperglucemia, criptorquida bilateral. En 2007 se observan cambios compatibles con leucoencefalopatía hipóxico isquémica periventricular en fase III. En octubre de 2000 se dicta resolución de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social en la que se revisa el grado de minusvalía inicialmente reconocido pasando a un grado del 21% por presentar parálisis cerebral, epilepsia y retraso madurativo. El 15 de febrero de 2008 se reconoce un grado de minusvalía del 98%. Existen otros informes de 2011 que hacen constar otras dolencias.

A la luz de todos los informes obrantes en las actuaciones estima la sentencia que se trata de daños permanentes, no continuados, pues los daños que dan lugar a la reclamación patrimonial ya figuraban en el informe emitido tras el parto. Los informes posteriores no hacen sino incidir en aquellos. Se trata de unos daños irreversibles e incurables cuyas secuelas están perfectamente determinadas, pese a que puedan evolucionar, por desgracia a peor, con el tiempo.

Con cita de SSTs, entre otras de 18/1/2008, se concluye que ello no impide estimar que son daños permanentes. En el mismo sentido se ha pronunciado

una sentencia del TSJ Andalucía (Sala de Sevilla) de 16 de octubre de 2014 (R. 372/2014). Decíamos en la sentencia citada:

Siguiendo la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en las Sentencias antes referenciadas, los posteriores informes a que aluden los apelantes “ no reflejan sino la evolución del menor, conforme al cuadro clínico que había sido manifestado en el informe de alta hospitalaria y, por consiguiente, no infieren en el plazo de prescripción para entablar la acción de responsabilidad patrimonial que ya se hallaba en curso “.

Y lo propio cabe decir en torno a lo resuelto por la Administración autonómica a lo largo de las sucesivas decisiones adoptadas en expediente sobre reconocimiento o revisión del grado de minusvalía de la hija de los demandantes; pues como expone la citada STS de 29 de noviembre de 2011 “es doctrina de esta Sala, que debe reiterarse hoy en aras de la necesaria homogeneidad doctrinal e igualdad en el tratamiento de los justiciables, que las resoluciones de minusvalía e incapacidad, no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial”.

Es más, si examinamos los particulares de ese expediente autonómico aportados comprobamos que en Dictamen técnico facultativo de 16 de julio de 2003 del Equipo de Valoración y Orientación del Centro de Valoración y Orientación de Granada de la Delegación Provincial de Granada de la Consejería de Asuntos Sociales se consigna que la menor padece: 1 º: discapacidad del sistema neuromuscular por parálisis cerebral mixta de etiología sufrimiento fetal perinatal, y 2º: retraso madurativo por parálisis cerebral mixta de etiología sufrimiento fetal perinatal; señalándose un grado de minusvalía del 67º% (grado de discapacidad global del 62º% + factores sociales complementarios del 5º%) que es el reconocido en la Resolución de 23 de julio de 2003 de la Delegada Provincial de Granada de la Consejería de Asuntos Sociales desde el 31-3-2003, tres años antes de formularse la reclamación.

Pues bien, en las sucesivas revisiones de 2006 y 2014, y no obstante incrementarse el grado de minusvalía hasta el 81º% y el 92º% en Resoluciones de 12 de septiembre de 2006 y 21 de abril de 2014 respectivamente, ambas se basan en sendos Dictámenes técnicos facultativos de 23 de junio de 2005 y 21 de abril de 2014 del Equipo de Valoración y Orientación del Centro de Valoración y Orientación, que recogen unos padecimientos en la menor objeto de valoración idénticos a los señalados en aquél primer dictamen de 16 de julio de 2003; esto es, no queda justificado con dicha documental que se haya producido un cambio o alteración en el juicio diagnóstico o secuelas establecido en 2003, insisti-

mos tres años antes de que los demandantes formularan ante la Administración sanitaria la reclamación por responsabilidad patrimonial.

No estamos en suma ante un supuesto de daño continuado, sino ante un daño permanente de carácter irreversible e incurable cuyas secuelas quedan perfectamente determinadas años antes de la reclamación, sin que dichas secuelas puedan confundirse con los padecimientos que lamentablemente derivan de ellas y que, ciertamente, evolucionan en el tiempo ( STS de 18 de enero de 2008 ); habiéndose sobrepasado ampliamente el plazo de prescripción cuando en junio de 2006 se instó el inicio del procedimiento; procediendo por ello, con desestimación del recurso de apelación, la confirmación de lo resuelto en la primera instancia.

Las similitudes del caso referido con el presente son más que notables.

La conclusión es que el plazo de prescripción de la acción se había agotado cuando se efectuó la reclamación (daños en agosto de 1997, reclamación en abril de 2003). Por eso, no puede prosperar el recurso, concluye la sentencia.

Opone la apelante que estamos en presencia de unos daños continuados y no permanentes. Cita en su apoyo sentencias del Tribunal Supremo: los daños en casos de parálisis cerebral han sido calificados como daños permanentes cuando se reclaman al cabo de siete años (STS 18/1/2008) o de casi catorce años (STS 28/2/2007). Pero en el caso presente no llegaron a transcurrir seis años, mantiene el apelante.

Y es que considerar permanentes los daños en el caso presente, continúe la parte apelante, equivale a entender que cuando el niño tenía tres años y medio (2001) ya eran de ese carácter los daños.

No puede prosperar este argumento. La lectura de las sentencias referidas, claramente nos hacen concluir que para el T.S. lo decisivo no es tanto el tiempo transcurrido desde que se produce el daño, en el momento del parto, y el momento en que se reclama -al cabo de seis, siete o catorce años- para determinar el día a quo de la reclamación, sino el momento en que se objetiven las lesiones “con el alcance definitivo de las secuelas”.

Pues bien, en el caso presente, resulta de la prueba practicada que las lesiones se originaron en el parto, pero quedaron objetivadas con su alcance definitivo, muy poco tiempo después. Lo que luego ha sucedido, por desgracia, es que los padecimientos del menor han ido evolucionando negativamente, dentro del curso natural de sus males. Pero esto no supone que exista un daño continuado, sino permanente, como ha sido correctamente calificado por la sentencia de instancia.

Para corroborar su tesis, la parte apelante lleva a cabo una interpretación muy particular de las pruebas practicadas, llegando a una conclusión diferente a la del juez de instancia.

La jurisprudencia se ha pronunciado de forma reiterada sobre los límites que tiene el recurso de apelación, en cuanto a su contenido y cuando se funda, como es el caso, en la valoración de la prueba. Reproducimos a continuación esta doctrina, aplicable al presente asunto.

“la valoración de la prueba en virtud de los principios de inmediación y libre valoración (art. 78 LJCA), es una función de la exclusiva y excluyente competencia del Juzgador “a quo”, y sólo puede ser revisada por el Tribunal “ad quem”, en virtud del recurso de apelación, cuando resulte que no existe motivación o que las razones utilizadas por el Juez son ilógicas, absurdas o contrarias al criterio del razonar humano, debiendo señalarse de manera precisa y concreta cuál es el dato equivocado y cuál ha de sustituirlo por resultar acreditado sin necesidad de hipótesis o conjeturas, y, sin que pueda pretenderse con la alegación de “errónea valoración de la prueba” sustituir la imparcial y objetiva apreciación del Juzgador “a quo” por una interpretación subjetiva e interesada de la parte apelante.

Que el recurso de apelación solamente puede tener contenido y finalidad cuando se impugna la sentencia objeto de apelación, puesto que no constituye una segunda instancia para repetir los mismos argumentos que ya se resolvieron en primera instancia y, solamente deben considerarse las alegaciones que se dirijan a acreditar el error en que se ha podido incurrir en la sentencia que se impugna, la falta de valoración debida de la prueba practicada o defecto en la aplicación de la norma jurídica que resulte aplicable; y las alegaciones y razonamientos jurídicos, de la naturaleza de que se trate el asunto, deben tratar desvirtuar los F. de D. impugnados, no bastando con llevar a cabo un sinfín de alegaciones, sino que éstas, para que produzcan efecto jurídico deben ir acompañadas de un razonamiento racional y de la prueba correspondiente; no pudiendo pretenderse que sean analizadas, de nuevo, todas las actuaciones por el simple hecho de no estar de acuerdo con la sentencia; la interposición de la apelación es escrita y en ella se expondrán “razonadamente” “las alegaciones en que se fundamente el recurso” ( art. 85.1 LJCA ), sede natural de la motivación de la impugnación (razonadamente), por lo que, sin una clara argumentación de las normas o garantías procesales quebrantadas, error objetivo en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal o jurisprudencia interpretativa de los mismos, carecerá de virtualidad para obtener la revocación del fallo que

se impugna; no puede apelarse la sentencia, “pese” a la sentencia. (TSJ Galicia S. 29 de marzo de 2016)

Entendemos que existe una adecuada motivación, detallada, razonada, concreta y acertada, en cuanto a todo el material probatorio obrante en el proceso, lo que obliga a la confirmación de la sentencia.

La tesis que sustenta la parte apelante solo sería de estimar si se hubiera probado algo distinto mediante informes u otros documentos indubitados o testigos que claramente depusieran en otro sentido. Pero no es ese el caso. De ninguna prueba puede concluirse que estemos ante un supuesto de daños continuados, sino permanentes, siendo por ello de aplicación la doctrina jurisprudencial ya expuesta.

La apelación, no puede ser estimada.

Al desestimarse el recurso se condena en las costas del recurso a la parte apelante. (Artículo 139.2LJ.C.A.).

(St. de 13 de diciembre de 2016 Sala de Granada. Ponente Moreno Retamino)