

*Boletín de Jurisprudencia*  
*Contencioso-Administrativo*



*Asociación Profesional*  
*De la Magistratura*

*Nº 0 - Abril 2016*

## PRESENTACIÓN



En esta nueva etapa de nuestra Revista Deliberación, ahora en formato único digital, iniciada a partir del XXII Congreso de Logroño de noviembre pasado, el Comité Ejecutivo Nacional de la APM ha creído necesario completar la publicación con un **Boletín de Jurisprudencia**, cuya **coordinación** se me ha encomendado.

Llevamos la idea de que tenga una periodicidad mensual y que acoja comentarios y/o sentencias recientes y de interés, por su novedad principalmente, de todas las Salas del Tribunal Supremo, adelantándonos si fuera posible a su propia publicación en los repertorios. Y, ante la petición de algunos compañeros, no descartamos la posibilidad de incorporar resoluciones de órganos distintos al Tribunal Supremo, en materias especializadas de cualquier orden. Sobre ello estamos a la espera de vuestras propias sugerencias.

Y en este momento, quiero agradecer la colaboración, sin la que el Boletín no sería posible, de los compañeros encargados de la **selección y comentarios**: Antonio Salas, por la Sala Primera; Antonio del Moral, por la Sala Segunda; José Luis Requero, por la Sala Tercera; Milagros Calvo, por la Sala Cuarta; y Ángel Calderón, por la Sala Quinta.

A todos ellos mi sincero agradecimiento.

*Francisco Monterde Ferrer*

## SUMARIO

**Sentencia 964/2016, de 14 de marzo.** **Pág. 4**

**Recurso de casación 1380/2015. Sección 6ª. Sala Tercera TS.**

Caso Google Spain SL. Protección de datos.

Legitimación pasiva y responsable del tratamiento.

**Sentencia 458/2016, de 18 de febrero.** **Pág. 37**

**Recurso contencioso-administrativo 194/2015. Sección 4ª. Sala Tercera TS.**

Caso “Céntimo Sanitario”. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

La sentencia va acompañada de un voto particular.

**Sentencia 964/2016, de 14 de marzo.**

**Recurso de casación 1380/2015. Sección 6ª. Sala 3ª del TS**

**Caso Google Spain SL. Protección de datos. Legitimación pasiva y responsable del tratamiento.**

*El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de Google Spain SL contra la sentencia de la Audiencia Nacional España que confirmó la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos por la que estimaba la reclamación formulada por un particular contra GOOGLE SPAIN, SL como representante en España de la compañía estadounidense del sitio web <http://www.blogspot.com>, y se condenada a esta entidad para que adoptase y realizase las gestiones necesarias para excluir los datos personales del interesado que aparecían en el buscador Google utilizando su nombre y apellidos, recogida en determinados blogs.*

*Se plantea la determinación del responsable del tratamiento como responsable del 'derecho al olvido'. La Sentencia entiende que es el gestor del motor de búsqueda -en este caso Google Inc., empresa matriz del grupo Google- quien determina los fines y los medios de esta actividad y, por lo tanto, el responsable del tratamiento y no la entidad española. A tal efecto el grupo Google utiliza la filial Google Spain como agente promotor de venta de los espacios publicitarios generados en el sitio de internet «www.google.com». Google Spain, con domicilio social en Madrid, dirige su actividad fundamentalmente a las empresas radicadas en España, actuando como agente comercial del grupo en dicho España. Tiene como objeto social promocionar, facilitar y procurar la venta de productos y servicios de publicidad on line a través de Internet para terceros, así como la comercialización de esta publicidad.*

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO .- Por resolución del director de la Agencia Española de Protección de Datos de 13 de diciembre de 2011 se estima la reclamación formulada por D. Indalecio"contra GOOGLE SPAIN, S.L. instando a dicha entidad, como representante en España de la compañía estadounidense del sitio web <http://www.blogspot.com>, para que adopte y realice las gestiones necesarias en orden a la exclusión de los datos personales del interesado contenidos en los blogs objeto de la presente tutela de derechos". Con ello se daba respuesta a la reclamación de cancelación de datos, formulada por el interesado, en relación con informaciones personales que aparecían en el buscador Google utilizando su nombre y apellidos, recogida en determinados blogs.

Interpuesto recurso contencioso administrativo por la entidad Google Spain, S.L., se dictó *sentencia por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 29 de diciembre de 2014* , desestimando el recuso y confirmando la resolución impugnada.

A tal efecto y apoyándose en los pronunciamientos de la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, dictada en el asunto C-131/12* , decisión prejudicial planteada por la Sala de la Audiencia Nacional en el recurso 725/2010 (de semejante contenido), la Sala de instancia señala que ninguna duda cabe que la actividad de un motor de búsqueda como proveedor de contenidos debe calificarse de tratamiento de datos personales, que es el gestor del motor de búsqueda el responsable de dicho tratamiento, que corresponde al gestor del motor de búsqueda adoptar, en su caso, las medidas en aplicación de la LOPD para hacer efectivo el derecho de oposición del afectado, que la normativa europea en materia de protección de datos y, por ende, la legislación del país de la Unión Europea donde se encuentra el establecimiento, en este caso en España, es de aplicación cuando "el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro". Rechaza la alegación de falta de motivación de la resolución de la AEPD. Frente a la alegación de falta de legitimación pasiva de Google Spain en el procedimiento administrativo, entiende la Sala de instancia que la responsabilidad de Google Spain en el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco del servicio de búsqueda en internet ofrecido por Google Inc. - gestor del motor de búsqueda- deriva de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades, en la que la actividad desempeñada por Google Spain, S.L. resulta indispensable para el funcionamiento del motor de búsqueda, pues de aquella depende su rentabilidad. Invoca al efecto, igualmente, la doctrina de los actos propios en razón de la actuación llevada a cabo por Google Spain, tanto en procedimientos ante la Agencia Española de Protección de Datos como en procesos ante los Tribunales. Por todo lo cual considera la Sala de instancia que Google Spain, S.L. también es responsable del tratamiento de datos, constituyendo ésta y Google Inc. una unidad material, además de reunir las características de un establecimiento de los referidos en el *art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE* , que participa en el tratamiento de datos. Desestima igualmente las alegaciones sobre vulneración del derecho a la libertad de empresa. Examina el objeto y contenido de los derechos fundamentales en conflicto, toma en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia al respecto y concluye que en este caso resultan preferentes los derechos del interesado que solicita la cancelación de sus datos en relación al interés de Google por mantener el resultado de la búsqueda que relaciona con el nombre del denunciante.

SEGUNDO.- No conforme con ello la entidad Google Spain, S.L. interpone recurso de casación contra dicha sentencia, en el que se hacen valer siete motivos de casación, el

primero y el séptimo articulados a través del *artículo 88.1.c) de la LJCA* y los otros cinco con base en la letra d) de este mismo precepto.

El motivo primero se funda en la infracción de los *artículos 33.3 y 65.2 LJCA y 24 de la Constitución*, alegando que la sentencia recurrida incurre en incongruencia *extra petita* al introducir un motivo nuevo en su razonamiento relativo a la noción de corresponsabilidad.

El motivo segundo denuncia la infracción del *artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995*, y de los *artículos 3.d), 6.4 y 16 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDP)*, así como de los correlativos *artículos 32.3 y 35.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre*, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, por cuanto la sentencia impugnada atribuye a la recurrente la condición de corresponsable a pesar de que consta acreditado en autos que la recurrente no determina ni los fines ni los medios del tratamiento de datos.

En el motivo tercero se denuncia la infracción de la jurisprudencia que cita sobre la doctrina de los actos propios en la medida en que la sentencia funda la corresponsabilidad de la actora en una serie de indicios, con base en los cuales y apelando a la doctrina de los actos propios declara que la recurrente ha reconocido su condición de responsable en el tratamiento de datos gestionados por Google Inc. por actuar como tal frente a terceros.

El motivo cuarto se funda en la infracción del *artículo 24 CE* y de la jurisprudencia que cita sobre la valoración de los hechos tenidos en cuenta, habiendo contrariado la sentencia las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba en relación con la atribución a la recurrente de responsabilidad en el tratamiento de datos que solo corresponde a la sociedad Google Inc..

En el motivo quinto se denuncia la infracción de los *artículos 20.1, a) y d) de la CE* en relación con el *artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*; el *artículo 11 de la carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea*; el *artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*; el *artículo 19.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, y todo ello en relación con el *artículo 10.2 de la CE*. Asimismo, se denuncia la infracción del *artículo 6.4 de la Ley Orgánica de Protección de Datos* en relación con el *artículo 9.2 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas* con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. En síntesis, se alega que el reclamante en vía administrativa tiene una relevancia pública, no sólo por ostentar un título nobiliario, sino también por pertenecer a una asociación taurina con proyección pública en medios de comunicación social, por lo que las críticas contra el mismo vertidas a través de

internet relativas a su actividad profesional están amparadas por la libertad de expresión y el derecho a la información.

El motivo sexto se funda en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el interés general en acceder a la información por razón del sujeto y el derecho a la información y la libertad de expresión.

El motivo séptimo denuncia la infracción de los *artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA y 218 de la LEC* por entender la recurrente que la sentencia incurre en incongruencia interna al ser el contenido del fallo manifiestamente contradictorio con los razonamientos y conclusiones alcanzadas en los fundamentos jurídicos undécimo y duodécimo de la propia sentencia. Se alega que a pesar de que la Sala de instancia reconoce que Google Spain, S.L., no puede ser considerada responsable del fichero o tratamiento como ha entendido la resolución administrativa dictada por la AEPD; sin embargo, al desestimar el recurso y confirmar dicha resolución administrativa contradice los términos del razonamiento que debe fundar la parte dispositiva de la sentencia. Porque si ésta reconoce que no es posible requerir a Google Spain, S.L., para que "elimine los datos personales del reclamante del blog", que era precisamente lo ordenado por la resolución administrativa, no parece razonable que luego confirme ésta, por lo que debió estimar, al menos parcialmente, el recurso de instancia. En segundo lugar, siendo que en el fundamento de derecho duodécimo exime a las partes de las costas, por existir serias dudas de derecho, en el fallo se imponen las costas a la parte recurrente.

CUARTO .- En el motivo segundo, al amparo del *artículo 88.1.d) de la LJCA* , se denuncia la infracción del *artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE* , de 24 de octubre, 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, y de los *artículos 3.d , 6.4 y 16 de la Ley Orgánica 15/1999 y los correlativos 32.3 y 35.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre* , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Alega la recurrente, en síntesis, que la sentencia impugnada atribuye a la sociedad Google Spain la condición de "corresponsable" en el tratamiento de datos a pesar de que en las actuaciones se acredita que dicha mercantil no determina ni los fines ni los medios del tratamiento de datos pues esta tarea corresponde a Google Inc. a través del motor de búsqueda "Google Search", razón por la que no puede atribuirse a Google Spain la condición de "responsable" del tratamiento de datos. Argumenta al respecto que según el *art. 2.d) de la Directiva 95/46/CE* , la atribución de la condición de responsable del tratamiento de datos depende de que el sujeto, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros "determine los fines y los medios del tratamiento", criterio acogido en el *art. 3.d) de la LOPD*, que considera responsable del fichero o tratamiento a la persona física o jurídica que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento,

siendo el responsable del tratamiento el que asume la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o de cancelación ejercitado por el interesado ( arts. 6.4 y 16 LOPD). Por ello, no siendo controvertido que Google Inc. es la única entidad que gestiona el motor de búsqueda "Google Search" y que determina los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de los datos personales que se realiza a través del motor de búsqueda y que Google Spain es una empresa filial que promueve la venta en el mercado español de los espacios publicitarios que se generan en el buscador (ni siquiera presta el servicio publicitario sino que se limita a su promoción), sin que realice ninguna actividad que constituya tratamiento de datos, entiende que no concurren en Google Spain los requisitos que según la Directiva 95/46/CE y la normativa estatal atribuyen la condición de responsable del tratamiento, por lo que no le son exigibles las obligaciones inherentes a tal condición. Entiende que el TJUE en su sentencia de 13 de mayo de 2014 ha confirmado esta interpretación, al considerar como responsable del tratamiento únicamente a Google Inc., como titular del motor de búsqueda Google Search, y solo a efectos de atraer la aplicación de la normativa española de protección de datos, determina que Google Spain es un establecimiento en el sentido del art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE y el TJUE extrae una única consecuencia jurídica, que Google Inc., pese a ser una empresa ubicada fuera de la Unión Europea, debe quedar sujeta al contenido de dicha Directiva y las respectivas disposiciones nacionales en materia de protección de datos y, por el contrario, no hay en la valoración del TJUE atribución alguna de responsabilidad en materia de protección de datos a Google Spain. Añade que la propia AEPD, tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 , ha optado en los procedimientos de tutela de derechos por actuar exclusivamente frente a Google Inc. Así lo han entendido diversos Tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea que cita y cuyas resoluciones transcribe en cuanto señalan, por referencia a la sentencia del TJUE, que no se observa responsabilidad en entidades semejantes a Google Spain en esos Estados. Concluye la recurrente alegando que la sentencia recurrida al atribuir a Google Spain la condición de corresponsable del tratamiento de datos, lo hace sobre la base de un título de imputación que crea el Juzgador " ex novo", no previsto en la normativa de protección de datos, por cuanto, admitida la posible concurrencia de varios responsables en el tratamiento de datos ( art. 2.d) Directiva 95/46/CE ), ello no excluye la necesidad de examinar y analizar en qué medida cada uno de ellos contribuye a determinar los fines y los medios del tratamiento, lo que ha omitido la Sala de instancia, con lo que se estaría imputando una suerte de responsabilidad solidaria sin ninguna base jurídica para ello. Considera que la Sala de instancia acude a un título de imputación ex novo, basado en una circunstancia ajena al tratamiento de datos, cual es la lógica interrelación económica que existe entre una filial y su matriz en cualquier Grupo de sociedades (unidad de negocio), que no se contempla como título de imputación de responsabilidad en el tratamiento de datos en la Directiva 95/46/CE ni encuentra base alguna en los pronunciamientos de la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 .



Este motivo está estrechamente relacionado con los dos siguientes, formulados también al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley procesal*, en los que se suscita la misma cuestión referida a la determinación del responsable del tratamiento. En el motivo tercero se denuncia la infracción de la jurisprudencia que cita sobre la doctrina de los actos propios en la medida en que la sentencia funda la corresponsabilidad de la actora en una serie de indicios, con base en los cuales y apelando a la doctrina de los actos propios declara que la recurrente ha reconocido su condición de responsable en el tratamiento de datos gestionados por Google Inc., por actuar como tal frente a terceros. Rechaza la recurrente la valoración de la Sala de instancia en cada uno de los expedientes de tutela de derechos citados por la misma, pues de su intervención en los mismos y sus alegaciones no puede inferirse que Google Spain asuma responsabilidad por el tratamiento o determine fines o medios, y en cuanto a su actuación ante los tribunales, señala que la no oposición en uno de los múltiples recursos de su falta de legitimación no puede considerarse acto propio de aceptación frente a los cientos de procedimientos en los que se ha invocado tal excepción; que el acuerdo alcanzado en un proceso sobre la intromisión ilegítima en el derecho al honor entre la AVT y YouTube, LLC y Google Spain, tras haber invocado esta última su falta de legitimación pasiva, tampoco supone acto propio de reconocimiento de responsabilidad en el tratamiento de datos en el sentido apreciado por la Sala de instancia; el desistimiento por Google Spain en 130 recursos contencioso administrativos, que tienen por objeto resoluciones de la AEPD en procedimientos de tutela de derechos, se produjo porque la información ya no era indexada como consecuencia de la intervención de los editores o dueños de las páginas web, no porque Google Spain asumiera ninguna responsabilidad al respecto; entiende que tampoco su intervención en un procedimiento sancionador permite concluir que decida sobre la finalidad o medios del tratamiento; finalmente, acerca de la carencia de medios para cumplir la obligación impuesta por la AEPD, precisa que el bloqueo provisional de los resultados de búsqueda se efectuó por Google Inc. no por Google Spain.

El motivo cuarto se funda en la infracción del *artículo 24 CE* y de la jurisprudencia que cita sobre la valoración de los hechos tenidos en cuenta para justificar la aplicación de la doctrina de los actos propios, denunciando que en la sentencia se han contrariado las reglas de la sana crítica en la apreciación de unos hechos, que no solo no fueron objeto de prueba en el procedimiento sino que ni siquiera fueron esgrimidos por la parte demandada y que, como resulta de las alegaciones anteriores, ponen de manifiesto que Google Spain nunca ha reconocido, ni de forma explícita o implícita, que estuviera actuando como responsable del tratamiento, lo que no podía hacer ni legalmente (por carecer de capacidad de hecho o de derecho para determinar los fines y medios del tratamiento) ni de facto (al carecer de medios técnicos y materiales adecuados para ello). Por ello considera irrazonable pretender, como hace la Audiencia Nacional, que el mero hecho de comparecer en un procedimiento administrativo o judicial suponga per se una asunción de responsabilidad.

QUINTO .- La relación entre estos tres motivos de casación aconseja su examen de manera conjunta, a cuyo efecto conviene recordar la respuesta dada en la sentencia recurrida a la alegación de la parte de falta de legitimación pasiva en el procedimiento administrativo y subsiguiente nulidad de la resolución impugnada.

La Sala de instancia comienza refiriéndose a la legitimación activa en el proceso contencioso administrativo, prevista en el *art. 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción* , precisando que Google Spain, S.L ostenta tal legitimación, legitimación que en ningún momento había sido objeto de debate o controversia, pasando a considerar que tras la alegación de la demandante realmente subyace la negación de su condición de sujeto obligado o responsable frente al derecho de oposición ejercitado, dada la concreta actividad que desarrolla y su relación con Google Inc.

Desde este planteamiento señala que: [Para resolver la cuestión que estamos analizando resulta conveniente tener en cuenta los siguientes hechos probados recogidos en la *Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014* , que se basan en el *Auto de esta Sala de 27 de febrero de 2012* , de planteamiento de la cuestión prejudicial:

- Google Search se presta a nivel mundial a través del sitio de Internet «www.google.com». En muchos países existen versiones locales adaptadas al idioma nacional. La versión española de Google Search se presta a través del sitio www.google.es, dominio que tiene registrado desde el 16 de septiembre de 2003. Google Search es uno de los motores de búsqueda más utilizados en España.

- Google Inc. (empresa matriz del grupo Google), con domicilio en los Estados Unidos, gestiona Google Search.

- Google Search indexa páginas Web de todo el mundo, incluyendo páginas Web ubicadas en España. La información indexada por sus «arañas» o robots de indexación, es decir, programas informáticos utilizados para rastrear y realizar un barrido del contenido de páginas Web de manera metódica y automatizada, se almacena temporalmente en servidores cuyo Estado de ubicación se desconoce, ya que este dato es secreto por razones competitivas.

- Google Search no sólo facilita el acceso a los contenidos alojados en las páginas Web indexadas, sino que también aprovecha esta actividad para incluir publicidad asociada a los patrones de búsqueda introducidos por los internautas, contratada, a cambio de un precio, por las empresas que desean utilizar esta herramienta para ofrecer sus bienes o servicios a éstos.

- El grupo Google utiliza una empresa filial, Google Spain, como agente promotor de venta de los espacios publicitarios que se generan en el sitio de Internet «www.google.com». Google Spain tiene personalidad jurídica propia y domicilio social en Madrid, y fue creada el 3 de septiembre de 2003. Dicha empresa dirige su actividad

fundamentalmente a las empresas radicadas en España, actuando como agente comercial del grupo en dicho Estado miembro. Tiene como objeto social promocionar, facilitar y procurar la venta de productos y servicios de publicidad «on line» a través de Internet para terceros, así como la comercialización de esta publicidad.

- Google Inc. designó a Google Spain como responsable del tratamiento en España de dos ficheros inscritos por Google Inc. ante la AEPD; el objeto de tales ficheros era almacenar los datos de las personas relacionadas con los clientes de servicios publicitarios que en su día contrataron con Google Inc."

La *letra d) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE* establece que se entenderá por "responsable del tratamiento": <<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>>. En el mismo sentido, se pronuncia el *artículo 5.1.q) del Reglamento de Protección de Datos*. Por su parte, el *artículo 3.d) de la LOPD* define como responsable del tratamiento a la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

Por su parte el Proyecto de Reglamento Europeo de Protección de Datos considera responsable del tratamiento a "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo o conjuntamente con otros determine los fines y medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y medios del tratamiento estén determinados por la legislación de la Unión o de los Estados miembros, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por la legislación de la Unión o de los Estados miembros".

El Dictamen 1/2010, sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» adoptado el 16 de febrero de 2010 por el (Grupo de Trabajo del *artículo 29 de la Directiva 95/46/CE* (GT29), dice en relación con el concepto de responsable del tratamiento lo siguiente: <<El concepto de responsable del tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, y funcional, en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho, y, por consiguiente, se basa en un análisis de los hechos más que en un análisis formal...

La definición de la Directiva consta de tres componentes fundamentales: el aspecto personal («la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo»); la posibilidad de un control plural («que solo o conjuntamente con otros»);

los elementos esenciales para distinguir al responsable del tratamiento de otros agentes («determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales»)..

En relación con la determinación de los fines y los medios se señala que "el hecho de determinar los «fines» del tratamiento trae consigo la consideración de responsable del tratamiento (de facto). En cambio, la determinación de los «medios» del procesamiento puede ser delegada por el responsable del tratamiento en la medida en que se trate de cuestiones técnicas u organizativas. Sin embargo, las cuestiones de fondo que sean esenciales a efectos de la legitimidad del tratamiento -como los datos que deban tratarse, la duración de su conservación, el acceso, etc.- deben ser determinadas por el responsable del tratamiento".

No cabe duda alguna de que Google Inc., que gestiona el motor de búsqueda Google Search, es responsable del tratamiento de datos, al determinar los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales. No obstante, ello no implica que Google Inc. sea responsable del tratamiento en solitario, ya que no podemos olvidar que el citado *artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE*, alude a que la determinación de los fines y los medios del tratamiento de datos personales se puede hacer "sólo o conjuntamente con otros", máxime si tenemos en cuenta, que "las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisolublemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades" (apartado 56 de la *Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014*).

A este respecto, en el Dictamen 1/2010 del GT29 se dice: "En el dictamen de la Comisión sobre la enmienda del PE, la Comisión menciona la posibilidad de que «varias partes determinen conjuntamente, para una única operación de tratamiento, los fines y los medios del tratamiento que se vaya a llevar a cabo» y, por lo tanto, en tal caso, «cada uno de estos corresponsables del tratamiento debe considerarse vinculado por las obligaciones impuestas por la Directiva de proteger a las personas físicas cuyos datos se estén tratando». Se añade que "la definición de tratamiento contenida en el artículo 2.b) de la Directiva no excluye la posibilidad de que distintos agentes estén implicados en diferentes operaciones o conjuntos de operaciones en materia de datos personales. Estas operaciones pueden producirse simultáneamente o en distintas fases".

Y se concluye que "la participación de las partes en la determinación de los fines y los medios del tratamiento en el contexto del control conjunto puede revestir distintas formas y el reparto no tiene que ser necesariamente a partes iguales... Los distintos grados de control pueden dar lugar a distintos grados de responsabilidad, y desde luego no cabe presumir que haya una responsabilidad solidaria en todos los casos. Por lo demás, es muy posible que en sistemas complejos con varios agentes el acceso a datos

personales y el ejercicio de otros derechos de los interesados también los puedan garantizar distintos agentes a diferentes niveles" .

Así las cosas, en la *Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014* se declara que "... el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado «por» el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice «en el marco de las actividades» de éste" (apartado 52). Además se añade que, "visto el objetivo de la Directiva 95/46 de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, ésta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva (véase, por analogía, la sentencia L'Oréal y otros, CEU:C:2011:474, apartados 62 y 63) (apartado 53)".

Por otro lado, y así se deduce de los apartados 55, 56 y 57 de la *Sentencia de 13 de mayo de 2014 del TJUE*, Google Spain, S.L. es un establecimiento del responsable del tratamiento de datos que se encuentra implicado en actividades relativas al tratamiento de datos personales, en cuanto que está destinado a la promoción y venta en España de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor, ya que constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades.

Además, afirma la *Sentencia de 13 de mayo de 2014 del TJUE* que la presentación de datos personales en una página de resultados de una búsqueda, constituye un tratamiento de dichos datos y concluye que, al encontrarse acompañada en la misma página de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, "es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento del responsable del tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el caso de autos el territorio español" (apartado 57).

En definitiva, la responsabilidad de Google Spain, S.L. en el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco del servicio de búsqueda en internet ofrecido por Google Inc. -gestor del motor de búsqueda deriva de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades, en la que la actividad desempeñada por Google Spain, S.L. resulta indispensable para el funcionamiento del motor de búsqueda, pues de aquella depende su rentabilidad. El concierto de ambas sociedades en la prestación de tal servicio a los internautas lo hace viable económicamente y posibilita su subsistencia.

Carecería de lógica alguna excluir a Google Spain, S.L. de cualquier responsabilidad en el tratamiento de los datos personales que lleva a cabo Google Inc., tras afirmar que este tratamiento se sujeta al Derecho Comunitario precisamente por haberse llevado a

cabo en el marco de las actividades de su establecimiento en España, del que es titular Google Spain, S.L., y más aún tras aceptar la relevancia de su participación en la actividad conjuntamente desempeñada por ambas, en relación con el funcionamiento del motor de búsqueda y el servicio que mediante el mismo se presta a los internautas, que conlleva el tratamiento de datos personales que nos ocupa.

*De no entenderse así se vería menoscabado el efecto útil de la Directiva 95/46/ CE y la protección directa y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales, que tiene por objeto garantizar, tal y como se desprende de su artículo 1 y de su considerando 10 (véanse apartados 53 , 58 y 66 st.TJUE).*

Resulta interesante poner de manifiesto en este momento lo que se recoge en las observaciones escritas de la Comisión Europea presentadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la cuestión prejudicial planteada por esta Sala, en las que se lee que "de acuerdo con las afirmaciones de la propia Google en su página Web "Google data centers" la mayor parte de los ingresos de Google proceden de la publicidad de gran interés para los consumidores de internet que buscan sobre productos y servicios relacionados".

A lo expuesto, tenemos que añadir que Google Spain, S.L. ha venido actuando como si fuese responsable del tratamiento de datos, tanto en procedimientos de tutela de derechos seguidos ante la Agencia Española de Protección de Datos como en diversas intervenciones ante Tribunales Españoles.

En este sentido, resulta conveniente hacer referencia a los siguientes procedimientos de tutela de derechos sobre cancelación de datos personales seguidos en la Agencia Española de Protección de Datos, en los que la reclamación se dirigió contra Google Spain, S.L., y ésta actuó como si fuera responsable del tratamiento de datos:

TD/00299/2007 (resolución de 9 de julio de 2007), TD/00463/2007 (resolución de 9 de julio de 2007), TD/00814/2007 (resolución de 7 de abril de 2008), TD/00387/2008 (resolución de 3 de septiembre de 2008), TD/00420/2008 (resolución de 29 de diciembre de 2008), TD/0444/2008 (resolución de 4 de noviembre de 2008), TD/00569/2008 (resolución de 24 de septiembre de 2008) y TD/00580/2008 (resolución de 29 de diciembre de 2008).

En dichos procedimientos se viene a manifestar por Google Spain, S.L que las informaciones obtenidas a través de sus resultados de búsqueda se encontraban en páginas de terceros cuyo acceso es público y, en consecuencia, para eliminar dicho contenido de los resultados deberían desaparecer del webmaster de la página de terceros.

En cuanto a la actuación de Google Spain, S.L. ante los Tribunales Españoles, hay supuestos en que asumió la condición del responsable del tratamiento, siendo un ejemplo de ello la *Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2012 -recurso nº. 2.037/2008 -*, sobre los derechos del allí recurrente como autor de una página Web de apuestas frente a Google Spain, S.L., en la que ésta no opuso la falta de legitimación pasiva. Por otro lado, en un procedimiento en que era parte demandada que tenía por objeto una demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen por la difusión de unos videos, que concluyó con la *Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 - recurso nº. 897/2010 -*, consta que Google Spain, S.L. llegó a un acuerdo transaccional con la parte demandante, lo que no hubiera sido posible si no hubiera estado legitimada.

La Sala es consciente de que la postura adoptada por Google Spain, S.L. en dichos procedimientos, tanto administrativos como judiciales, puede que no sea determinante para la resolución de la cuestión que estamos analizando, pero constituye un indicio muy importante a los efectos de considerar a Google Spain, S.L. también como responsable del tratamiento de datos, y, especialmente, si añadimos el desistimiento efectuado por Google Spain, S.L. en unos 130 recursos contencioso- administrativos que se tramitan en esta Sala, que tienen por objeto resoluciones recaídas en procedimientos de tutela de derechos sobre cancelación/oposición de datos.

Las citadas actuaciones inciden en la doctrina de los actos propios que, como se dice en la *Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2012 -recurso nº. 576/2009 -*, "tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Los presupuestos esenciales fijados por esta teoría aluden a que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectarte a su autor, y, además, exista una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual, según la manera que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla (*SSTS 1 de julio y 28 de diciembre 2011 , 31 de enero 2012*)..."

Finalmente, la parte demandante Google Spain, S.L., en las alegaciones formuladas a la *Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014* en otros recursos similares, invoca la resolución de 18 de diciembre de 2013 -PS/320/2013- de la Agencia Española de Protección de Datos, que es objeto del recurso contencioso-administrativo nº. 51/2014 que se sigue en esta Sala.

El citado procedimiento sancionador, que se incoó con fecha 1 de marzo de 2012, con el fin de determinar el grado de adecuación de las políticas de privacidad y los términos de servicio adoptados por Google a la LOPD y demás normativa de protección de datos, se dirigió en principio contra Google Spain, S.L., y Google Inc., pero luego, en la resolución sancionadora se razona que la única imputable es Google Inc., imponiéndose a

ésta tres sanciones de 300.000 euros cada una por las infracciones de los arts. 6.1 , 4.5, en relación con el Art. 16 y 15 , y 16, todas ellas de la LOPD. En sus alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador Google Spain, S.L., afirmó que "Google Spain es un activo de Google Inc. toda vez que Google Spain es totalmente (aunque sea de modo indirecto) propiedad de Google Inc. y, por lo tanto, los efectos económicos de cualquier pérdida de Google Spain (Ej. una multa) se trasladan de forma automática a Google Inc." . Por su parte, en el citado procedimiento sancionador Google Inc. invocó sobre la propuesta de resolución sancionadora, la vulneración del principio "non bis in ídem" , partiendo de que Google Spain, S.L. fue constituida y está controlada al 100% por Google Inc.

Se añade más adelante que "en el presente caso, la AEPD pretende imponer a Google Inc. y a Google Spain idénticas sanciones, sobre la base de unos mismos hechos (la implantación de la nueva política de Privacidad), existiendo entre Google Inc. y Google Spain una identidad subjetiva (no formal, pero sí material como ha quedado acreditado, y a la vista de la normativa de protección de datos)" .

Por tanto, a tenor de lo relatado, consideramos que Google Spain, S.L. también es responsable del tratamiento de datos, constituyendo ésta y Google Inc. una unidad material, además de reunir la características de un establecimiento de los referidos en el artículo 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE , en el que participa en el tratamiento de datos.

La Sala no ignora que resoluciones de otros tribunales, españoles y extranjeros, antes y después de la *Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014* , han acogido la excepción de falta de legitimación pasiva de Google Spain, S.L., o de la filial de Google Inc. en otros países europeos, en reclamaciones relacionadas con el buscador Google, por considerar a Google Inc. único responsable del motor de búsqueda. Pero también hay Sentencias que, aplicando la citada Sentencia del TJUE, consideran que Google Spain, S.L. tiene legitimación pasiva, siendo ejemplo de ello la *Sentencia de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de julio de 2014 -recurso nº 411/2011 -* , recaída en materia de intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar, a la imagen y al honor, por la que se condena a Google Spain, S.L. por vulnerar el derecho del allí demandante a la protección de datos personales.

Por último, en cuanto a la alegación de Google Spain, S.L. de carecer de los medios necesarios para cumplir por sí misma la obligación impuesta por la AEPD - eliminación del índice de resultados proporcionado por el buscador de determinados enlaces-, hay que tener en cuenta que la unidad material y funcional que conforma con Google Inc. conlleva su responsabilidad en el cumplimiento de la obligación, trasladándola al gestor del motor de búsqueda y contribuyendo a su realización, dada la relevancia de su participación en el funcionamiento del servicio de búsqueda en Internet que se ofrece a los internautas. De hecho, así se ha venido a reconocer, en el caso que nos ocupa, por Google Spain, S.L. que



ha procedido al bloqueo provisional de resultados de la consulta a nombre del reclamante.]

En conclusión, la Sala de instancia rechaza la alegación de falta de legitimación pasiva de la recurrente en el procedimiento administrativo por dos razones: primera, que Google Spain, S.L. es corresponsable en el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco del servicio de búsqueda en internet ofrecido por Google Inc. -gestor del motor de búsqueda- en razón de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades, en la que la actividad desempeñada por Google Spain, S.L. resulta indispensable para el funcionamiento del motor de búsqueda, pues de aquella depende su rentabilidad. El concierto de ambas sociedades en la prestación de tal servicio a los internautas lo hace viable económicamente y posibilita su subsistencia. Segunda, en aplicación de la doctrina de los actos propios, dado que Google Spain, S.L. ha venido actuando como si fuese responsable del tratamiento de datos, tanto en procedimientos de tutela de derechos seguidos ante la Agencia Española de Protección de Datos como en diversas intervenciones ante Tribunales Españoles.

SEXTO. - La resolución de estos motivos de casación aconseja dejar claro, desde el principio, que la legitimación pasiva en el procedimiento administrativo de tutela de derechos, que se cuestiona en los mismos, viene determinada por la condición de responsable del tratamiento de los datos personales, en razón de que corresponde al mismo garantizar que el tratamiento se ajusta a los principios y condiciones de la normativa reguladora y asumir las correspondientes obligaciones al respecto frente al interesado, titular de los datos personales, el cual, en el ejercicio de sus derechos, puede dirigirse directamente al responsable y en su caso a la autoridad de control exigiendo su cumplimiento.

A tal efecto el *art. 6 de la Directiva 95/46/CE* , tras referir en el número 1 los principios relativos a la calidad de los datos (tratados de manera leal y lícita; con fines determinados, explícitos y legítimos; adecuados, pertinentes y no excesivos; exactos y, cuando sea necesario, actualizados; conservados durante un periodo no superior al necesario) establece en el número 2 que: " corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1".

Abunda en ello la referida *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014* , cuando señala que: "A tenor de este artículo 6 y sin perjuicio de las disposiciones específicas que los Estados miembros puedan establecer para el tratamiento con fines históricos, estadísticos o científicos, incumbe al responsable del tratamiento garantizar que los datos personales sean «tratados de manera leal y lícita», que sean «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines», que sean «adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente», que sean «exactos y, cuando sea necesario, actualizados», y,

por último, que sean «conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente». En este marco , el mencionado responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a los requisitos de esta disposición sean suprimidos o rectificadas."

El art. 12 de la misma Directiva, titulado "Derecho de acceso", establece:

"Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento :

[...]

b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos;"

En el artículo 14, relativo al "Derecho de oposición del interesado", se dispone:

"Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a:

a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos;"

El artículo 23 se refiere al derecho de toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido.

En el mismo sentido se expresa la normativa estatal en numerosos preceptos, entre los que cabe indicar los siguientes:

El *art. 6.4 de la Ley 15/1999* , de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), a propósito del consentimiento del interesado, dispone que "En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado."

En el art. 9 se atribuye el responsable del fichero y, en su caso, el encargado del tratamiento, la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal.

En el art. 16 se establece la obligación del responsable del tratamiento de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado. Y el art. 19 reconoce el derecho de los interesados a ser indemnizados por los daños sufridos a consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento.

En cuanto a los procedimientos para ejercitar los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación, la LOPD remite al desarrollo reglamentario, disponiendo el *art. 25 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre* , que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, *que el ejercicio de tales derechos deberá llevarse a cabo mediante comunicación dirigida a l responsable del fichero, con el que se sigue el procedimiento correspondiente, hasta el punto que, según el art. 26* , incluso en el caso de que los afectados ejerciten sus derechos ante un encargado del tratamiento, este encargado deberá dar traslado de la solicitud al responsable , a fin de que se resuelva por el mismo, dejando claro con todo ello que la legitimación pasiva en estos procedimientos administrativos viene atribuida al responsable del tratamiento.

Por lo demás, que corresponda al responsable del tratamiento de datos el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los derechos de oposición, cancelación y rectificación que puede ejercitar el titular de los mismos, y en consecuencia la legitimación pasiva en el procedimiento, es una consecuencia que se infiere de las reglas generales en materia de derecho de obligaciones, y buen ejemplo de ello lo encontramos en nuestro ordenamiento jurídico ( *artículos 1.088 y ss. del CC* ). En este sentido, recordemos que las obligaciones pueden nacer de la Ley, siendo el caso que nos ocupa un supuesto paradigmático pues la mayor parte de las reclamaciones referidas al tratamiento informatizado de datos de carácter personal tienen un carácter extracontractual. Y esa obligación puede consistir en una obligación de hacer, esto es, en la realización efectiva de la prestación debida que es objeto de la pretensión: en este caso la cancelación de datos personales en el buscador de Google. Pues bien, es presupuesto que para realizar el cumplimiento liberatorio de la obligación hay que tener capacidad de obrar, entendida como capacidad para realizar la prestación cuyo cumplimiento se demanda, que en este caso viene asociada por la Ley, en los términos indicados, a la condición de responsable del tratamiento.

SÉPTIMO.- Lo expuesto nos sitúa ya en el núcleo de la cuestión debatida, que no es otra que la determinación del responsable del tratamiento de datos objeto de litigio y, concretamente, si la recurrente, Google Spain S.L., en cuanto establecimiento en España de la sociedad Google Inc. con sede en los Estados Unidos es, como sostiene la sentencia recurrida y rechaza la recurrente por las razones antes indicadas, corresponsable en el tratamiento de datos que esta última gestiona a través de su motor de búsqueda en Internet.

Para ello ha de estarse a la regulación en la normativa que se invoca como infringida de la figura del responsable del tratamiento, considerando la interpretación que de dicha normativa realiza el TJUE en sentencia de 13 de mayo de 2014 al resolver la cuestión prejudicial planteada por la Sala de instancia sobre los diversos aspectos que integran el debate litigioso.

A tal efecto el artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 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 la letra 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 artículo 3.d) de la Ley Orgánica 15/1999 define lo que ha de entenderse por "responsable del fichero o tratamiento" a los efectos de la misma como la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

Al alcance de este concepto se refiere la sentencia de instancia cuando señala que: "El Dictamen 1/2010 , sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» adoptado el 16 de febrero de 2010 por el (Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/ CE (GT29), dice en relación con el concepto de responsable del tratamiento lo siguiente: <<El concepto de responsable del tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, y funcional, en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho, y, por consiguiente, se basa en un análisis de los hechos más que en un análisis formal...

La definición de la Directiva consta de tres componentes fundamentales: el aspecto personal («la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo»); la posibilidad de un control plural («que solo o conjuntamente con otros»); los elementos esenciales para distinguir al responsable del tratamiento de otros agentes («determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales»)...

En relación con la determinación de los fines y los medios se señala que "el hecho de determinar los «fines» del tratamiento trae consigo la consideración de responsable del tratamiento (de facto). En cambio, la determinación de los «medios» del procesamiento puede ser delegada por el responsable del tratamiento en la medida en que se trate de cuestiones técnicas u organizativas. Sin embargo, las cuestiones de fondo

que sean esenciales a efectos de la legitimidad del tratamiento - como los datos que deban tratarse, la duración de su conservación, el acceso, etc.- deben ser determinadas por el responsable del tratamiento".

Se desprende de todo ello, que la caracterización como responsable del tratamiento de datos, frente a la intervención de otros agentes, 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 establecer, en primer lugar, cual es la actividad de tratamiento de que se trata.

En este caso el TJUE en su sentencia de 13 de mayo de 2014 , resolviendo la cuestión prejudicial planteada por la Sala de instancia, señala en cuanto a la actividad de tratamiento, que " *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»*, añadiendo que " *Por consiguiente, debe declararse que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la 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".*

En consecuencia, 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)".*

La conclusión que alcanza el TJUE es clara: " *Del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende que procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras a ) y b), que el artículo 2, letras b ) y d), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta 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 contiene 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) ".*

En consecuencia, conforme a la interpretación del TJUE, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, finalmente, ponerla a disposición de los internautas, debe calificarse de "tratamiento de datos personales", en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales; y, por otra parte, el gestor de un motor de búsqueda, que en este caso y de manera incontrovertida es Google Inc., debe considerarse "responsable" de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d), en tanto que determina los fines y medios de esa actividad de motor de búsqueda.

Que esto es así lo reconoce la propia sentencia de instancia cuando señala que no cabe duda alguna de que Google Inc., que gestiona el motor de búsqueda Google Search, es responsable del tratamiento de datos, al determinar los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales.

La controversia se produce cuando la sentencia añade que, además, existe una corresponsabilidad de Google Spain S.L. y ello en razón de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades.

Es cierto al respecto que los preceptos antes referidos de la Directiva 95/46/CE y la LOPD contemplan la posibilidad de corresponsabilidad en el tratamiento de los datos, cuando emplean los términos solo o conjuntamente con otros, pero no lo es menos que 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 con el mismo que no tenga tal naturaleza, como puede ser el caso 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 que de ello se deriva en orden al efectivo cumplimiento de la normativa tanto europea como nacional reguladoras del tratamiento de datos personales, sin que esa responsabilidad pueda trasladarse también 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 del motor de búsqueda.

A ello se refiere el citado Dictamen 1/2010, invocado en la sentencia de instancia, cuando señala que los elementos esenciales para distinguir al responsable del

tratamiento de otros agentes es, precisamente, la determinación de los fines y medios de tratamiento.

Resulta significativo al respecto el fundamento 40 de la repetida *sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014* cuando, a propósito de la responsabilidad del gestor del motor de búsqueda aun cuando los editores de los sitios de Internet no hayan aplicado protocolos de exclusión, con indicaciones como "noindex" o "noarchive", señala que ello no modifica el hecho de que el gestor determina los fines y los medios de este tratamiento y que, aun suponiendo que dicha facultad de los editores signifique que determinen conjuntamente con dicho gestor los medios del mencionado tratamiento, tal afirmación no elimina la responsabilidad del gestor, en cuanto la norma permite que esta determinación pueda realizarse conjuntamente con otros. Se identifica, pues, la colaboración o coparticipación con el gestor con una actividad de determinación de medios del tratamiento y no de otra naturaleza.

Quiere decirse con todo ello, que hablar de corresponsabilidad supone un examen de la situación fáctica y comprobar que la entidad en cuestión tiene una participación concreta e identificada en la determinación de los fines y medios del tratamiento de que se trate, tratamiento que en este caso y según se declara por el TJUE al dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de instancia, " *consiste en hallar información publicada o puesta en Internet porterceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado*". En este caso no se identifica por la Sala de instancia ninguna actividad de Google Spain que suponga la participación en esa actividad del motor de búsqueda. Por el contrario y como recoge el TJUE en el fundamento 46 de la citada 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.

Por otra parte, la necesidad de identificar y acreditar la concreta participación en los supuestos de corresponsabilidad en el tratamiento, resulta del Dictamen 1/2010 del GT29, al que se refiere la sentencia de instancia, en el que se dice: "En el dictamen de la Comisión sobre la enmienda del PE, la Comisión menciona la posibilidad de que «varias partes determinen conjuntamente, para una única operación de tratamiento, los fines y los medios del tratamiento que se vaya a llevar a cabo» y, por lo tanto, en tal caso, «cada uno de estos corresponsables del tratamiento debe considerarse vinculado por las obligaciones impuestas por la Directiva de proteger a las personas físicas cuyos datos se estén tratando». Se añade que "la definición de tratamiento contenida en el artículo 2.b) de la Directiva no excluye la posibilidad de que distintos agentes estén implicados en diferentes operaciones o conjuntos de operaciones en materia de datos personales. Estas operaciones pueden producirse simultáneamente o en distintas fases". Y se concluye que

"la participación de las partes en la determinación de los fines y los medios del tratamiento en el contexto del control conjunto puede revestir distintas formas y el reparto no tiene que ser necesariamente a partes iguales... Los distintos grados de control pueden dar lugar a distintos grados de responsabilidad, y desde luego no cabe presumir que haya una responsabilidad solidaria en todos los casos. Por lo demás, es muy posible que en sistemas complejos con varios agentes el acceso a datos personales y el ejercicio de otros derechos de los interesados también los puedan garantizar distintos agentes a diferentes niveles". Por lo tanto, no estableciéndose la responsabilidad solidaria y haciéndose cargo cada corresponsable de las obligaciones correspondientes a su participación, al que debe exigirse su cumplimiento, es preciso determinar y acreditar en cada caso la existencia y el alcance de la participación de cada uno en la determinación de los fines y medios del tratamiento para que pueda hablarse de corresponsabilidad, lo que en modo alguno se ha producido en este caso respecto de Google Spain y que como, ya hemos indicado, no puede fundarse en la vinculación mercantil o empresarial que existe entre Google Inc. y Google Spain, S.L., que es lo que en definitiva sostiene la sentencia recurrida, 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 comportaría que tanto Google Inc. como Google Spain, S.L., concurrieran en la tarea de determinar los fines y medios del motor de búsqueda. Sin embargo, no es esto lo que sucede en este caso, pues claramente se nos dice que es Google Inc. quien gestiona el motor de búsqueda -Google Search-, sin que en ningún caso se evidencie participación alguna en ese cometido de Google Spain, S.L., cuya actividad es la propia de un establecimiento (filial o sucursal) de aquélla que se limita a la promoción y venta en España de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, y en este sentido constituye una actividad conexas o vinculada económicamente a la de su matriz, pero de distinta naturaleza a la determinación de fines o medios del tratamiento. Y es que no debe identificarse ni confundirse la determinación de los fines y medios del tratamiento, que caracteriza la condición de responsable, con una actividad de colaboración en la consecución de sus objetivos, que en el Dictamen 1/2010 se identifica genéricamente como actividad de otros agentes. De ahí que solo Google Inc. es la responsable del tratamiento pues a ella corresponde en exclusiva la determinación de los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales.

OCTAVO.- Por la misma razón y también de acuerdo con la recurrente, no puede compartirse el planteamiento de la Sala de instancia, que deduce la corresponsabilidad de Google Spain en el tratamiento de datos en cuestión de la unidad de mercado que conforma con Google Inc., con apoyo en los pronunciamientos del *TJUE de 13 de mayo de 2014*.

Lo primero que debe señalarse al respecto es: que el TJUE se refiere a esta cuestión a propósito y con el objeto de dar respuesta a la cuestión prejudicial relativa a la sujeción del tratamiento de datos en litigio a la normativa comunitaria y de sus estados



miembros, y ello en cuanto el responsable del motor de búsqueda que realiza ese tratamiento

-Google Inc.- tiene su sede fuera del territorio de la Unión Europea, pero sin embargo cuenta con un establecimiento -Google Spain S.L.- en un Estado miembro.

Recordemos que el *artículo 4 de la Directiva 95/46* , bajo el rótulo de "Derecho nacional aplicable", contempla esta situación en los siguientes términos:

"1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando:

a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable;

b) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio del Estado miembro, sino en un lugar en que se aplica su legislación nacional en virtud del Derecho internacional público;

c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.

2. En el caso mencionado en la letra c) del apartado 1, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento".

En respuesta a la cuestión formulada por la Sala de instancia al TJUE sobre el alcance de esta disposición, la sentencia dictada por éste declara lo siguiente:" *el considerando 19 de la Directiva aclara que «el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable», y «que la forma jurídica de dicho establecimiento, sea una simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica, no es un factor determinante.*

*Pues bien, no se discute que Google Spain se dedica al ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable en España. Además, al estar dotada de personalidad jurídica propia, es de este modo una filial de Google Inc. en territorio español, y, por lo tanto, un «establecimiento», en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46.*

*Para cumplir el requisito establecido en dicha disposición, es necesario además que el tratamiento de datos personales por parte del responsable del tratamiento se «lleve a cabo en el marco de las actividades» de un establecimiento de dicho responsable situado en territorio de un Estado miembro. Google Spain y Google Inc. niegan que éste sea el caso, dado que el tratamiento de datos personales controvertido en el litigio principal lo lleva a cabo exclusivamente Google Inc., que gestiona Google Search sin ninguna intervención por parte de Google Spain, cuya actividad se limita a prestar apoyo a la actividad publicitaria del grupo Google, que es distinta de su servicio de motor de búsqueda.*

*No obstante, como subrayaron, en particular, el Gobierno español y la Comisión, el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado «por» el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice «en el marco de las actividades» de éste.*

*Además, visto el objetivo de la Directiva 95/46 de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, ésta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva (véase, por analogía, la sentencia L'Oréal y otros, C-324/09, EU:C:2011:474, apartados 62 y 63).*

*En este marco, cabe señalar que se desprende, concretamente de los considerandos 18 a 20 y del artículo 4 de la Directiva 95/46, que el legislador de la Unión pretendió evitar que una persona se viera excluida de la protección garantizada por ella y que se eludiera esta protección, estableciendo un ámbito de aplicación territorial particularmente extenso.*

*Habida cuenta de este objetivo de la Directiva 95/46 y del tenor de su artículo 4, apartado 1, letra a), procede considerar que el tratamiento de datos personales realizado en orden al funcionamiento de un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero pero que dispone de un establecimiento en un Estado miembro, se efectúa «en el marco de las actividades» de dicho establecimiento si éste está destinado a la promoción y venta en dicho Estado miembro de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor.*

*En efecto, en tales circunstancias, las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisociablemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios*

*constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades".*

Pues bien, desde estas consideraciones del TJUE no puede llegarse a la conclusión de que Google Spain sea corresponsable del tratamiento de datos que se examina por las siguientes razones:

En primer lugar, el TJUE se plantea la cuestión de la aplicación de la norma comunitaria en razón de que el tratamiento de datos se realiza por un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero, es decir, en la medida que el responsable del tratamiento tiene su domicilio social fuera de la Comunidad Europea. Ninguna necesidad de ello habría si se considerara corresponsable también, genéricamente, como mantiene la Sala de instancia, a Google Spain con domicilio social en España.

En segundo lugar, el TJUE al utilizar como norma de conexión territorial el *art. 4.1.a) de la Directiva 95/46*, consistente en que el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro, deja claro que *no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado «por» el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice «en el marco de las actividades» de éste*, con lo que se deja claro de nuevo que no se trata de que el establecimiento en cuestión, Google Spain, participe en el tratamiento de datos sino de que dicho tratamiento se efectúa en el ámbito de sus actividades de promoción de espacios publicitarios, actividad distinta a la determinación de fines y medios del tratamiento que determina la corresponsabilidad. Es más, tal respuesta del TJUE corresponde a la concreta objeción planteada por Google Inc. y Google Spain en el sentido de que esta última entidad no participa en forma alguna en la determinación de los fines y medios del tratamiento, frente a lo cual el Tribunal señala que no es preciso a los efectos que examina, aplicación de la normativa comunitaria, que se produzca tal participación, asumiendo así que Google Spain no interviene como responsable del tratamiento.

Finalmente el TJUE concluye que se trata de aplicar la protección garantizada por la Directiva 95/46, "estableciendo un ámbito de aplicación territorial particularmente extenso", con lo que deja claro que no se trata de ampliar el concepto de responsable del tratamiento sino que, manteniendo los criterios que determinan tal condición y a pesar de que se encuentre domiciliado en un Estado tercero, el tratamiento de datos efectuado por ese responsable se sujeta a las previsiones de la Directiva 95/46 y las normas del Estado miembro correspondiente, en cuanto el tratamiento se proyecta en el ámbito de las actividades de un establecimiento del mismo en un Estado miembro, es decir, se amplía el ámbito territorial al del correspondiente establecimiento y es a esos efectos que se argumenta sobre la vinculación con las actividades del establecimiento, como

justificación de la proyección del tratamiento de datos efectuado por el responsable en ese ámbito.

Como bien dice la recurrente --que cita en su apoyo lo resuelto por distintos tribunales de otros estados europeos: sentencia de la Audiencia Territorial de Berlín de 21 de agosto de 2014; auto de la Sala de lo Civil nº 2 de la Audiencia Territorial de Hamburgo de 18 de agosto de 2014; providencia de la Audiencia Territorial de Hamburgo de 22 de septiembre de 2014; sentencia del Tribunal de Roma de 4 de noviembre de 2014; sentencia del Tribunal de Amsterdam de 18 de septiembre de 2014 y del Tribunal de Apelación de 31 de marzo de 2015; auto del Tribunal de Gran Instancia de París de 8 de diciembre de 2014; *sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Arenas de 16 de febrero de 2015* ; y *sentencia del Tribunal Regional de Düsseldorf de 7 de mayo de 2015* -- la consideración de Google Spain, S.L., como establecimiento en España de Google Inc. lo es a los efectos de atraer la aplicación de la normativa europea y, por derivación, la española de protección de datos personales al tratamiento gestionado por la segunda a través de su motor de búsqueda Google Search, no obstante tratarse de una empresa ubicada fuera de la Unión Europea. Y es en tal sentido que el TJUE señala que " *las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisociablemente ligadas* ", por lo que no puede sustraerse ese tratamiento de datos a la aplicación de la normativa europea y nacional correspondiente.

Con ello se trata de evitar la elusión del cumplimiento de la normativa europea sobre la materia con base en el argumento de que el responsable del tratamiento no tiene su sede social en territorio europeo, lo que le permitiría sustraerse a las obligaciones y garantías que en dicha normativa se establecen. Esta es la lógica a la que responde la previsión normativa que, mediante la ampliación del ámbito de aplicación territorial, consigue el efecto útil y protección que otorga la normativa comunitaria al interesado. Así lo sentencia el TJUE cuando razona que: "*En tales circunstancias, no se puede aceptar que el tratamiento de datos personales llevado a cabo para el funcionamiento del mencionado motor de búsqueda se sustraiga a las obligaciones y a las garantías previstas por la Directiva 95/46, lo que menoscabaría su efecto útil y la protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas que tiene por objeto garantizar (véase, por analogía, la sentencia L'Oréal y otros, EU:C:2011:474, apartados 62 y 63), en particular, el respeto de su vida privada en lo que respecta al tratamiento de datos personales, al que esta Directiva concede una importancia especial, como confirman, concretamente, su artículo 1, apartado 1, y sus considerandos 2 y 10 (véanse, en este sentido, las sentencias Österreichischer Rundfunk y otros, C 465/00 , C 138/01 y C 139/01 , EU:C:2003:294, apartado 70; Rijkeboer, C 553/07, EU:C:2009:293, apartado 47, e IPI, C 473/12, EU:C:2013:715, apartado 28 y jurisprudencia citada)*".

Conviene reiterar, finamente, que ninguna controversia se suscitaría en cuanto a la aplicación territorial de la normativa comunitaria al tratamiento de datos si se considerara que el responsable del mismo es un establecimiento con domicilio social en un Estado miembro, como es el caso de Google Spain.

En consecuencia y como sostiene la entidad recurrente en este motivo de casación, no cabe hablar de corresponsabilidad de Google Spain en el tratamiento de datos en cuestión, por cuanto no concurren en la misma los requisitos que determinan la condición de responsable, y tampoco constituye título para ello la unidad de negocio que conforma con Google Inc a que se refiere la sentencia de instancia.

NOVENO.- No está de más añadir al respecto que, como ya hemos indicado antes con referencia al Dictamen 1/2010 del GT 29, aun en los supuestos en los que existe corresponsabilidad en el tratamiento de datos, no es de apreciar solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones, de manera que cada responsable lo es de aquellas que se derivan de su actividad, lo que tiene una doble consecuencia: primera, la necesidad de precisar el alcance de la participación en el tratamiento de cada corresponsable, para identificar el alcance de sus obligaciones ; y segunda, que la exigencia de su cumplimiento ha de efectuarse por el interesado a quien resulte responsable en cada caso, lo que significa que el procedimiento no puede seguirse indistintamente frente a cualquiera de ellos sino que necesariamente ha de identificarse el responsable en cada caso, siendo este el legitimado al efecto.

Así se desprende, como ya hemos señalado antes, del fundamento 40 de la *sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014* cuando se afirma la subsistencia de la responsabilidad del gestor del motor de búsqueda aun cuando se apreciara corresponsabilidad de los editores de los sitios de Internet que no hayan aplicado protocolos de exclusión, con indicaciones como "noindex" o "noarchive".

Quiere decirse con ello y en relación con el litigio que nos ocupa, que en todo caso el planteamiento de la Sala de instancia resulta injustificado, pues, de una parte, aprecia una corresponsabilidad de carácter genérico, sin precisar o identificar los concretos fines o medios del tratamiento que determina Google Spain ni cuál es el alcance de su responsabilidad y menos que forme parte de ella la obligación cuyo cumplimiento se exige por el interesado y que la AEPD declara. Muy al contrario, la propia sentencia reconoce, como hemos señalado antes, que no cabe duda alguna de que Google Inc., que gestiona el motor de búsqueda Google Search, es responsable del tratamiento de datos, al determinar los fines, las condiciones y los medios de dicho tratamiento, sin que identifique actividad concreta al efecto de Google Spain. Y por otra parte, aun apreciada por la Sala de instancia tal corresponsabilidad, en todo caso y no siendo de carácter solidaria, la obligación a que se refiere la resolución impugnada de la AEPD era exigible a Google Inc., en cuanto es el único responsable del concreto tratamiento cuestionado que

se identifica por la misma, y por lo tanto necesariamente el procedimiento debía seguirse contra el mismo sin que Google Spain aparezca legitimado en tal aspecto.

DÉCIMO.- El segundo título de atribución de corresponsabilidad en el tratamiento de datos a Google Spain, S.L., argumentado por la Sala de instancia, es que ha venido actuando como si fuese responsable del tratamiento de datos, tanto en procedimientos de tutela de derechos seguidos ante la Agencia Española de Protección de Datos como en diversas intervenciones ante Tribunales Españoles, lo que la lleva a la invocación de la doctrina de los actos propios como fundamento de sus apreciaciones.

Pues bien, tampoco este título de atribución de responsabilidad puede acogerse, por el contrario, deben compartirse sustancialmente las alegaciones que se oponen por la entidad recurrente en este recurso de casación, en el sentido de que no se justifican en este caso las circunstancias que permiten acudir a la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Como se recoge en la *sentencia de 27 de mayo de 2009*, la jurisprudencia de esta Sala tiene dicho ( *sentencias, entre otras, de 23 de junio de 1971 , 24 de noviembre de 1973 , 26 de diciembre de 1978 , 25 de noviembre de 1980 , 26 de septiembre de 1981 , 2 de octubre de 2000 y 4 de marzo de 2002* ) que la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos requiere, respecto de éstos, que se trate de actuaciones realizadas con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica de manera indubitada; siendo éste, también, el sentido de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este *Tribunal Supremo, tal y como puede verse, por todas, en su sentencia de 9 de mayo de 2000* .

En tal sentido la *sentencia de 25 de mayo de 2011 (rec. 5261/2007)* señala que la doctrina de los actos propios no puede imponerse a la aplicación de las normas de carácter imperativo, como se dijo en *sentencia de 9 de marzo de 2009 (rec. 8169/2004)* , según la cual, "tal doctrina no rige en ámbitos extraños al poder de disposición de las partes, ciñendo su eficacia a los casos en los que cabe que creen, modifiquen o extingan derechos, definiendo una específica situación jurídica [véase *sentencia de 12 de marzo de 2002 (rec 5398/94)* ]".

Por su parte, la *sentencia de 4 de mayo de 2005* precisa: que dicha doctrina <<es predicable respecto de los actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico". De manera que es la finalidad del acto, su eficacia y validez jurídica las que determinan la vinculación de su autor a las consecuencias derivadas del mismo y generan la confianza ajena, pues, como señala la *sentencia de 1 de febrero de 1999*, "tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia de este Alto considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia

en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "*venire contra factum proprium*".

Ha de estarse por lo tanto al alcance del acto al que se atribuye el efecto vinculante y, en todo caso, la aplicación del principio no puede invocarse para alterar, fuera de los cauces legales, el régimen jurídico a que se sujeta una concreta relación, produciéndose una modificación más allá de la finalidad y efectos del acto en cuestión, de la misma manera que no puede servir de fundamento para amparar la persistencia de formas de actuación que no se ajustan a la legalidad.>>

Desde estas consideraciones difícilmente puede atribuirse tal naturaleza de actos propios, a los efectos aquí examinados, a la participación de Google Spain en los procedimientos administrativos y procesos judiciales referidos en la sentencia de instancia cuando: en primer lugar, la propia Sala de instancia no habla de actuaciones indubitadas o concluyentes por parte de Google Spain, S.L., en el sentido de asumir la condición de responsable del tratamiento, sino que, por el contrario, dice que estamos ante un indicio; segundo, no se advierte ni valora por la Sala de instancia la distinta condición en que puede intervenir en tales procedimientos una persona física o jurídica, mero interesado o titular de derechos u obligaciones; tercero, que solo la comparecencia como responsable del tratamiento de datos, es decir, de la determinación de los fines y medios del tratamiento de datos, puede dar lugar a manifestaciones o actos válidos de reconocimiento de tal condición; cuarto, que la condición de responsable del tratamiento de datos viene definida legalmente, como se ha indicado antes de forma prolija, y su régimen jurídico no puede modificarse por las actuaciones de quien carece de facultades de disposición al respecto; y quinto, que la legitimación ha de examinarse en cada procedimiento y, por lo tanto, ha de estarse a la actitud del compareciente en el mismo, que este caso ha sido, desde la vía administrativa, negar tal legitimación.

Así, las manifestaciones de Google Spain en los procedimientos administrativos que se citan, sobre el hecho de que los resultados de búsqueda se encontraban en páginas de terceros cuyo acceso es público y, en consecuencia, para eliminar dicho contenido de los resultados deberían desaparecer del webmaster de la página de terceros, nada indican del concepto o condición en que interviene Google Spain ni de la determinación de los fines o medios del tratamiento, que permitan entender atribuida la condición de responsable, máxime cuando dicha entidad rechaza tal condición y alega que su actividad se limita a la prestación de servicios de promoción de los espacios publicitarios. La simple omisión de la invocación de falta de legitimación pasiva en un proceso no supone reconocimiento de tal condición de responsable con carácter general, como parece indicarse en la instancia, menos aún cuando se invocan numerosos

procedimientos en los que se ha hecho valer dicha alegación. Tampoco puede deducirse tal condición de un acuerdo transaccional en un proceso sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen, en el que existen varios codemandados y cuando la entidad aquí recurrente dice haber invocado su falta de legitimación pasiva, dando lugar a la extensión de la demanda a otra entidad. Se justifica igualmente el desistimiento en 130 recursos contencioso-administrativos al haber dejado de ser indexada la información por la intervención de los editores o dueños de las páginas web, además de que no se acredita la condición en que intervenía en el proceso y formalizó el desistimiento. Finalmente ninguna virtualidad tiene, a los efectos debatidos, la invocación en la instancia del procedimiento sancionador terminado por resolución de la AEPD de 18 de diciembre de 2013, objeto del recurso contencioso-administrativo 51/2014, en el que la propia AEPD, frente a las alegaciones de la aquí recurrente, razona en la resolución sancionadora que la única responsable es Google Inc, proceso en el que, además, se pone de manifiesto la distinta condición con la que se puede comparecer, bien sea responsable del tratamiento y la sanción, bien sea interesado en razón de la relación comercial existente entre ambas entidades.

Por otro lado, estas mismas razones justifican el planteamiento por la parte, en el motivo cuarto, de la vulneración de las reglas de la sana crítica y la valoración ilógica de los hechos a efectos de la apreciación de actos propios de la recurrente, en la medida que, como acabamos de decir, no cabe concluir de su intervención en los procedimientos administrativos y procesos judiciales a que se refiere la Sala de instancia una manifestación de voluntad o reconocimiento de la condición de responsable del tratamiento de datos en cuestión, que tampoco resulta de la afirmación no justificada de la Sala sobre el bloqueo provisional de los datos en este caso y que la parte recurrente señala que fue Google Inc quien lo llevó a efecto.

En consecuencia, también deben estimarse estos motivos de impugnación de la sentencia recurrida.

Cabe añadir que la conclusión alcanzada se confirma con la actuación de Google Inc, que a la vista de la *sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014*, ha decidido crear un Consejo Asesor integrado por asesores expertos en regulación europea y presidido por el Presidente de dicha sociedad, cuyo objeto es cumplir con el denominado "derecho al olvido" en Internet que se reconoce en la citada sentencia. Y para hacer efectivo este derecho a los potenciales usuarios de su motor de búsqueda, ha puesto a disposición de todos ellos un formulario para solicitar la cancelación de los datos personales, solicitud que ha de ser evaluada precisamente por el indicado Consejo Asesor. La decisión adoptada por Google Inc. demuestra que es ella la única responsable del tratamiento de datos de su motor de búsqueda que actúa como tal y no Google Spain, S.L.

UNDÉCIMO .- La estimación de los motivos segundo, tercero y cuarto, hace innecesario el examen de los demás, en la medida que pueden suponer por si solos la



nulidad de la resolución impugnada, para cuya determinación y como establece el *art. 95.2.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción*, procede resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate.

En este caso la parte recurrente planteó, ya en vía administrativa y después en la instancia, la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada de 13 de diciembre de 2011, del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, alegando su falta de legitimación pasiva en el procedimiento administrativo, en cuanto Google Spain no es quien gestiona el buscador de Google ni la plataforma de alojamiento Blogger y, por lo tanto, no puede ser considerada responsable del tratamiento de los datos personales objeto del pleito, habiéndose dictado la resolución prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, al tiempo que le imponen un contenido imposible, lo que determina la nulidad al amparo de los *apartados c) y d) del art. 62.1 de la Ley 30/1992*.

La Administración, que debe actuar con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (*art. 103.1 CE*), está sujeta para la adopción de sus acuerdos y resoluciones al procedimiento legalmente establecido (*art. 105.c CE*), que constituye la forma ordenada de ejercer sus potestades en cada caso, atendiendo a la naturaleza y alcance de las mismas.

El procedimiento administrativo encauza y ordena el ejercicio de las potestades administrativas propiciando que la decisión, plasmada en el acto o resolución que pone fin al mismo, se dirija correctamente al interesado que está sujeto a la potestad de que se trate, y se adopte siguiendo los trámites y requisitos establecidos en garantía del administrado cuyos derechos resultan afectados por la decisión.

En este sentido el acto o resolución administrativa que pone fin al procedimiento se verá viciado: tanto si falta el presupuesto para la existencia del procedimiento, cual es la habilitación legal de la Administración para ejercitar la potestad frente al administrado, como si ese ejercicio se ha producido sin la observancia de los trámites y garantías que lo informan.

A tal efecto las normas que regulan el ejercicio de las distintas potestades administrativas determinan e identifican el destinatario sujeto a las mismas y, con ello, al correspondiente procedimiento. Sirvan de referencia al respecto las previsiones de la *Ley de Expropiación Forzosa*, que en el *art. 3 y siguientes* precisa con quien deben entenderse las actuaciones del expediente expropiatorio, en primer lugar el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación y después los titulares de derechos reales y otros interesados que se indican. En el mismo sentido la *Ley General Tributaria*, después de determinar quienes tienen la condición de obligados tributarios (*art. 25*) y de responsables tributarios (*arts. 41 y ss*), señala que la aplicación de los tributos se desarrollará a través de los procedimientos administrativos de gestión, recaudación y demás previstos en la misma (*art. 83.3*), estableciendo que entre los documentos de

iniciación de las actuaciones y procedimientos tributarios, deberá incluirse, en todo caso, el nombre y apellidos y razón social del obligado tributario ( *art. 98*), *refiriéndose en múltiples preceptos a la participación del mismo en tales procedimientos. Por su parte la Ley 30/1992* , en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, comienza por establecer que dicha potestad solo podrá ejercitarse cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley (art. 127) y precisa que solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia (art.130), en congruencia con lo cual y en relación con el procedimiento exigible para el ejercicio de dicha potestad (art.134), se garantiza al responsable, entre otros, el derecho a ser notificado de los hechos que se le imputen y las sanciones que se le pudieran imponer (art. 135), precisando el art. 13 del correspondiente Reglamento, que el acto de iniciación del procedimiento deberá contener, entre otros requisitos, la identificación de la persona o personas presuntamente responsables.

Se desprende de ello, que seguir el procedimiento frente a quien aparece legitimado al efecto, en cuanto titular del derecho afectado o sujeto al gravamen u obligación impuestos por la decisión administrativa, y garantizar la posibilidad de su participación en el procedimiento, constituyen elementos esenciales para su desarrollo, cuya inobservancia vicia de nulidad al acto o resolución que pone fin al mismo. La identificación del titular del derecho afectado, responsable de la infracción, sujeto al gravamen o responsable de la obligación resulta imprescindible, de manera que el seguimiento del procedimiento respecto de un tercero, ajeno a la potestad administrativa ejercitada, constituye un vicio esencial, en cuanto falta el presupuesto que justifique la existencia misma del procedimiento, cual es la habilitación legal de la Administración para ejercitar la potestad frente al mismo, de tal suerte que el procedimiento resulta absolutamente ineficaz al respecto y, por otra parte, tampoco aprovecha para adoptar la decisión correspondiente frente al verdadero interesado (titular, responsable u obligado), en la medida que se ha prescindido totalmente de su intervención. Lo que determina la nulidad de pleno derecho del acto dictado en resolución de tal procedimiento. (Ss.20/12/2000, rec. 4105/1996, 18/10/2011, rec. 2086/2008, 19/9/2014, rec. 5780/2011, referidas a la nulidad del procedimiento expropiatorio en la medida que, por distintas razones, no se ha seguido con el verdadero propietario. Ss. 22/2/1999, rec. 3056/1994, 15/12/2008, rec. 4906/2003, 28/4/2008, rec. 7240/2002, entre otras semejantes, relativas al Impuesto sobre Sociedades en régimen de beneficio consolidado, que declaran la ineficacia, a efectos de interrupción del plazo de prescripción, de las actuaciones administrativas de comprobación o investigación seguidas con las sociedades dominadas sin conocimiento de la sociedad dominante, en cuanto no son sujeto pasivo (que lo es el grupo de sociedades) ni representante del mismo. Ss. 22/6/1999, rec. 490/1996, 5/7/1999, rec. 550/1996, entre otras semejantes, que declaran la nulidad de pleno derecho de la sanción impuesta (cuota de pantalla), por falta de notificación de la

propuesta a la entidad correspondiente, argumentando que el expediente sancionador no contiene un pronunciamiento preciso sobre la responsabilidad imputada).

En este caso, en relación con una actividad sujeta a una amplia regulación normativa específica, como es el tratamiento de datos personales, el procedimiento administrativo tiene por objeto la tutela de derechos del interesado, titular de los datos personales tratados, a través de la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control -sujeta en su actuación, según dispone el *art. 35 de la LOPD*, a las previsiones de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre-, demandando el cumplimiento de las obligaciones que al respecto se imponen al responsable del tratamiento, que, como se ha expuesto ampliamente en el sexto fundamento de derecho, aparece como obligado y en consecuencia legitimado pasivamente, responsable que como también se ha explicado a lo largo de esta sentencia es Google Inc. y no Google Spain, a pesar de lo cual, la AEPD en la resolución impugnada, estimando la reclamación del interesado, concluye declarando que la actuación de Google Spain, S.L. no resulta acorde a la normativa aplicable y que debió proceder a la exclusión de las informaciones relativas al recurrente e impedir su captación por el buscador, efectuando así un pronunciamiento respecto de una entidad que carecía de legitimación pasiva en el procedimiento y frente a la cual no tenía habilitación legal para ejercitar las facultades de control ni, en consecuencia, seguir procedimiento eficaz al respecto, lo que determina la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada.

La apreciación de este vicio de la resolución impugnada no puede eludirse por la simple referencia a la condición de Google Spain, S.L. de representante de la compañía estadounidense, pues, en primer lugar, no se acredita en forma alguna la realidad de la misma, ni con carácter general ni específica para este procedimiento, habiéndose negado tal condición por la recurrente, y, en segundo lugar y fundamental, la intervención de un representante no altera la titularidad del derecho o condición de obligado ni traslada la responsabilidad del representado al representante. Recordemos que en nuestro Derecho en un mandato representativo los efectos del acto de gestión representativa se producen de forma inmediata en la esfera jurídica del representado, pues en virtud de la representación, el mandatario que obra en concepto de tal no es responsable frente a terceros. Solo cuando éste se obliga expresamente o traspasa los límites del mandato se justifica su responsabilidad personal *ex artículo 1.725 CC ( Sentencias de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1984 , 19 de noviembre de 1990 y 27 de enero y 3 de abril de 2000 , entre otras).*

De manera que, aun en el supuesto de actuación por representante, que no es el caso, subsiste la condición de responsable del tratamiento y su legitimación pasiva, por lo que el procedimiento y la declaración de obligado al cumplimiento y realización del derecho a la tutela que se demanda por el reclamante ha de dirigirse frente al responsable del tratamiento controvertido, que en este caso es Google Inc.

Por todo ello procede estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil Google Spain, S.L. contra la resolución de 13 de diciembre de 2011 dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que se declara nula de pleno derecho por ser contraria al ordenamiento jurídico en los términos que se contienen y razonan en esta sentencia.

DUODÉCIMO.- La estimación del recurso determina, de acuerdo con el *artículo 139 LJCA* , que no haya lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, reiterando respecto a las costas de la instancia el razonamiento de la sentencia recurrida en cuanto a la existencia de serias dudas de derecho, que aconsejan la no imposición de las mismas.

## **FALLAMOS**

PRIMERO .- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la sociedad mercantil Google Spain, S.L., contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 29 de diciembre de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 69/2012* , que casamos.

SEGUNDO .- En su lugar, estimamos el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de la citada sociedad mercantil contra la resolución de 13 de diciembre de 2011 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, descrita en el primer fundamento de derecho, que se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico en los términos indicados en esta sentencia.

TERCERO .- No hacemos imposición de las costas de este recurso ni de la instancia.

**Sentencia 458/2016, de 18 de febrero.**

**Recurso contencioso-administrativo 194/2015.**

**Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo**

*Caso del llamado “céntimo sanitario”, cuestión sobre la que hay unos cinco mil recursos promovidos ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.*

*Se ventila un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por apreciar una infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea por la aplicación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, destinándose su devengo a la financiación del gasto sanitario por las Comunidades Autónomas.*

*La cuestión litigiosa se centró en determinar si la infracción del Derecho comunitario fue una “violación suficientemente caracterizada”, y la Sentencia que se comenta –que es cabeza de toda la serie y que junto con otras ocho más se tramitaron como asuntos testigo- aprecia que sí lo fue porque al tiempo de la implantación del impuesto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y “las uniformes e insistentes” comunicaciones de las autoridades comunitarias a las españolas, ponían de manifiesto que dicho impuesto no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE. De modo que la violación del Derecho Comunitario tenía el grado de claridad suficiente para ser considerada como suficientemente caracterizada.*

*Las sentencias van acompañadas de un Voto particular que considera que debieron desestimarse los recursos porque no concurre el requisito de que la vulneración de la norma comunitaria fuese suficientemente caracterizada pues el impuesto no armonizado que se creó presentaba una dudosa compatibilidad con las exigencias del artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE, las posturas favorables y desfavorables eran defendibles, al margen de cuál fuese más convincente. En con la Sentencia del TJUE cuando se aclara la interpretación e integración del concepto “finalidad específica” exigible a los impuestos especiales no armonizados.*

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO .- El acto administrativo recurrido**

En el presente recurso se impugna el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2015, que desestimó la reclamación formulada, entre otros, por la parte ahora recurrente, "Freire, S.L." (según figura con el nº 1305 en el anexo III del citado acuerdo), por responsabilidad patrimonial del Estado legislador, debido a los daños derivados de la aplicación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos.

El citado impuesto se crea mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y tras diversas modificaciones, se

deroga, con efectos de 1 de enero de 2013, mediante Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

La reclamación económica presentada por la parte ahora recurrente se fundamentaba en la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento del Derecho comunitario, declarada por *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 27 de febrero de 2014 (C-82/12, asunto Transportes Jordi Besora)*, y publicada en el Boletín Oficial de la Unión Europea de 14 de abril de 2014.

Las razones por las que el acuerdo aquí impugnado deniega la reclamación se concretan, además de la inexistencia de nexo causal, en la intangibilidad de las situaciones firmes y la falta de antijuridicidad del daño, en que la vulneración que identifica la citada Sentencia del TJUE, no es una " *violación suficientemente caracterizada* ", al no concurrir una inobservancia manifiesta y grave del legislador español sobre los límites impuestos a su facultad de apreciación.

Se sostiene, en dicho acuerdo, que la Ley que crea el citado impuesto no cumple, ni traspone, una Directiva comunitaria, sino que es una actuación del legislador español en el ámbito de su competencia, disponiendo de un amplio margen de apreciación. La única limitación era la prevista en el *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992*, que no era clara ni precisa, pues el concepto de " *finalidad específica* " que se utiliza en dicho precepto, respecto de los impuestos indirectos, es un concepto jurídico indeterminado, cuya definición no estaba determinada en la propia Directiva.

Además, se trataba de una regulación que generaba confusión, pues diversos Tribunales Superiores de Justicia fallaron a favor de la compatibilidad de dicho Impuesto con el Derecho de la Unión Europea. Y la actuación de la Comisión contribuyó al mantenimiento en vigor de las medidas contrarias al ordenamiento de la Unión Europea, pues se inició un procedimiento de infracción en 2002, que se mantuvo en suspenso hasta 2008, sin que se llegara a interponer demanda por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### **SEGUNDO** .- *La posición procesal de las partes*

La posición de la *parte recurrente*, a tenor de su escrito de demanda, en cuyo suplico se reclama la cantidad de 148.435,05 euros más los intereses legales hasta la devolución solicitada, se concreta en afirmar que existe un perjuicio evidente, pues se ha soportado, y pagado, un impuesto contrario a las normas europeas.

Concorre una relación de causalidad directa, se aduce, entre esa actuación del legislador, creando un impuesto contrario al Derecho comunitario, y el daño sufrido por la

mercantil recurrente que se individualiza mediante la suma de lo pagado por dicho impuesto, Además, se trata de un daño antijurídico pues la creación, mediante Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, del citado impuesto ha sido declarado disconforme con el Derecho de la Unión Europea, mediante la ya citada *Sentencia del TJUE, de 27 de febrero de 2014*.

La infracción del Derecho comunitario, se añade, es "*suficientemente caracterizada*" en base a lo razonado en la expresada Sentencia del TJUE. Además la Comisión Europea ya había emitido un dictamen señalando que dicho impuesto era contrario a las normas comunitarias. Por lo que, se concluye, era clara la ilegalidad del impuesto.

Por su parte, el *Abogado del Estado*, además de señalar que el impuesto fue declarado constitucional mediante *STC 209/2012, de 14 de noviembre*, aduce que no concurren los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, pues no estamos ante una *violación suficientemente caracterizada*, toda vez que la mera existencia de una Sentencia del TJUE declarando una infracción o un incumplimiento no basta a tales efectos.

Se concreta que la violación no es suficientemente caracterizada porque no hay claridad y precisión en la norma vulnerada, pues la expresión "*finalidad específica*" del *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE* es un concepto jurídico indeterminado, que confiere un amplio margen de apreciación a los Estados.

Se señala también que la actuación de España fue de buena fe, colaborando con la Comisión. Igualmente que la jurisprudencia del TJUE sobre la indicada Directiva 92/12/CEE, no concretaba como debía ser interpretada, pues los propios Tribunales Superiores de Justicia expresaron serias dudas de Derecho que así lo demuestran.

Además, se alega que no existe relación de causalidad directa y exclusiva. No es directa porque en todo caso hubiera tenido que incrementar el nivel impositivo de los hidrocarburos según la Directiva 2003/96/CE. Y no es exclusiva porque también responde a una actuación del legislador autonómico. Además, de haberse desgravado lo pagado en otros impuestos, y su relación con el gasóleo profesional. De modo que, se concluye, si se accediera a lo solicitado se podría vulnerar la seguridad jurídica y causar un enriquecimiento injusto.

### **TERCERO** .- *Las exigencias de la "violación suficientemente caracterizada"*

Atendida la posición procesal de las partes, nos corresponde seguidamente examinar si concurren los presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la infracción en que incurre la Ley española en relación con la norma de Derecho comunitario europeo, según declara la indicada *Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014*, que es el fundamento de la reclamación

que se formuló ante el Consejo de Ministros y cuya denegación se impugna en el presente recurso. Singularmente, la cuestión medular se concentra en determinar si la vulneración normativa, a la que se atribuye el daño era, o no, una " *violación suficientemente caracterizada* ".

Ciertamente el nacimiento de la responsabilidad del Estado legislador en estos casos, y el consiguiente derecho a indemnización, debe atender a la naturaleza de la violación del Derecho de la Unión Europea. Recordemos que el TJUE reconoce este derecho a indemnización cuando, ante el incumplimiento del Derecho comunitario (*Sentencia caso Francovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991* ), concurre un estándar mínimo que se concreta en los tres requisitos siguientes. Primero, que la norma infringida tenga por objeto conferir derechos a particulares. Segundo, que la violación esté suficientemente caracterizada. Y tercero, que medie relación de causalidad entre la infracción y el daño sufrido.

Ciertamente cuando se trata de la responsabilidad originada por actos normativos ha de tomarse en consideración, a los efectos de determinar la naturaleza a la violación normativa, la complejidad de las situaciones reguladas, las dificultades de aplicación y el margen de apreciación del que se dispone (*SSTJUE de 5 de marzo de 1996 caso Brasserie Du Pêcheur S.A.*, de 26 de marzo de 1996 caso *Dillenkofer* , y de 8 de octubre de 1996 caso *British Telecommunications*). Teniendo en cuenta que el TJUE ha reconocido una amplia facultad de apreciación de que disponen las instituciones para la aplicación de políticas comunitarias.

Resulta imprescindible valorar, por tanto, a) el grado o nivel de claridad y precisión de la norma vulnerada, b) la amplitud del margen de apreciación de que disponga el Estado miembro, c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción y del perjuicio, d) su naturaleza excusable o inexcusable ante un eventual error de Derecho, e) que la conducta de una institución comunitaria haya podido contribuir a la infracción del Derecho de la Unión Europea, y f) el mantenimiento de medidas contrarias al Derecho comunitario.

Ahora bien, como señala la expresada *Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 1996 caso Brasserie Du Pêcheur S.A.*, ello no supone que pueda supeditarse la obligación de reparar, a la concurrencia de un requisito basado en el concepto de culpa, ni puede someterse la reparación del perjuicio a la existencia de un acto intencional o negligente de las autoridades nacionales (apartado 50).

En todo caso, señalan las citadas sentencias, la infracción del Derecho de la Unión, merecer ser tildada de " *suficientemente caracterizada* " cuando ha perdurado, a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter trasgresor del comportamiento



controvertido. En definitiva, una mera infracción de Derecho comunitario, por parte de un Estado miembro, puede constituir una violación suficientemente caracterizada, pero no la constituye necesariamente.

**CUARTO** .- *Los elementos para determinar la naturaleza de la infracción*

Acorde con la doctrina sucintamente expuesta en el anterior fundamento, nos corresponde ahora determinar si la infracción del Derecho de la Unión Europea que declara la *Sentencia del TJUE, de 27 de febrero de 2014* , es o no una *violación suficientemente caracterizada* .

Nadie discute que en el caso que examinamos, efectivamente, se ha producido una vulneración del Derecho comunitario, toda vez que la citada *Sentencia del TJUE, de fecha 27 de febrero de 2014 (C-82/12, asunto Transportes Jordi Besora )* , al resolver una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional español, acuerda, en su parte dispositiva, que el *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE del Consejo* , de 25 de febrero de 1992, debe entenderse opuesto a la norma nacional que establece el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, pues *no puede considerarse que tal impuesto persiga una finalidad específica en el sentido de dicha disposición, toda vez que el mencionado impuesto, destinado a financiar el ejercicio, por parte de los entes territoriales interesados, de sus competencias en materia de sanidad y medioambiente, no tiene por objeto, por sí mismo, garantizar la protección de la salud y del medioambiente* (apartado 36).

De manera que la norma tributaria española, *artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales* , Administrativas y del Orden Social, es contraria al *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE* , sobre impuestos especiales.

La determinación de la naturaleza de esa violación del Derecho de la Unión Europea, singularmente si se trata de una *violación suficientemente caracterizada* , exige tomar como punto de partida el contraste entre lo dispuesto por la norma infractora y por la norma infringida (1), la jurisprudencia de aplicación al caso (2), además de las circunstancias inmediatamente anteriores y posteriores a la creación del controvertido impuesto (3).

**QUINTO**.- *El contraste entre la norma española y la comunitaria*

La confrontación entre la norma española y la norma comunitaria nos indica que efectivamente los Estados miembros pueden crear impuestos especiales sobre los productos a que se refiere el *artículo 3.1 de la Directiva 92/12/CEE* . Ahora bien, para ello han de cumplir las exigencias que establece el artículo 3.2 de dicha Directiva, una de las cuales, precisamente la que ahora se discute, es que dichos nuevos impuestos indirectos deben tener una "*finalidad específica* " .

Así es, el artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE dispone que los hidrocarburos, entre otros productos, " podrán estar gravados por otros impuestos indirectos de finalidad específica, a condición de que tales impuestos respeten las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales o el IVA para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto ".

Y el artículo 9.3 de la Ley 24/2001 , que es la que establece el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, dispone que los " rendimientos que se deriven del presente Impuesto quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. No obstante lo anterior, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómicos podrá dedicarse a financiar actuaciones medioambientales que también deberán orientarse por idéntico tipo de criterios ".

De modo que los hidrocarburos podrán estar sujetos a impuestos indirectos distintos del sistema de impuestos especiales armonizado que establece la Directiva 92/12/CEE, siempre que persigan una *finalidad específica* y se respeten las normas impositivas aplicables. Téngase en cuenta que la creación y funcionamiento del mercado interior implican la libre circulación de mercancías, que comprenden a las que son objeto de los impuestos especiales que se regulan en la expresada Directiva bajo un sistema armonizado.

En definitiva, los hidrocarburos, único producto o sector que ahora interesa, están sujetos a dicha Directiva sobre impuestos especiales, si bien la implantación de nuevos gravámenes, distintos de los impuestos armonizados, exige, para que sean compatibles con el ordenamiento comunitario, que persigan esa *finalidad específica* , además de ajustarse a las normas impositivas de aplicación.

**SIXTO** .- *La finalidad específica en la STJUE de 27 de febrero de 2014*

Desde luego no basta con señalar que el impuesto controvertido carecía de *finalidad específica* , pues así ha sido declarado por la *Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014* . Lo relevante, a los efectos de determinar si estamos o no ante una *violación suficientemente caracterizada* , es si en el momento en que se produjo la infracción del Derecho de la Unión, mediante la entrada en vigor del impuesto controvertido, y su mantenimiento durante más de diez años, concurrían los requisitos propios de este tipo de violaciones normativas.

Interesa, por tanto, que nos detengamos en el contenido y alcance del concepto jurídico indeterminado " *finalidad específica* " que establece el artículo 3.2 de la Directiva. Este tipo de finalidad no es la meramente presupuestaria. Así es pone de manifiesto por la jurisprudencia del TJUE, en los términos que luego veremos.

Por ahora, debemos señalar que mediante la finalidad específica de este tipo de impuestos especiales, creados al margen del régimen armonizado y para evitar la quiebra del sistema, no se puede incrementar sin límites la capacidad financiera de los entes territoriales, pues todos los impuestos participarían entonces de dicha finalidad, los sujetos al artículo 3.2 de la Directiva citada y los que no. No basta que su finalidad u objeto esté simplemente " *predeterminado* " para atender una concreta competencia sectorial asumida, como es la sanidad, pues esa sería una naturaleza netamente presupuestaria, que procura incrementar los recursos de la hacienda pública, para atender los gastos que comporta la asunción de una nueva y costosa competencia.

Es necesario algo más, o mejor dicho, algo distinto, de ahí el carácter *específico* de la finalidad exigida por la norma comunitaria. Ello significa que el impuesto ha de tener un objeto, por sí mismo, que no sea financiar una transferencia del Estado a las Comunidades Autónomas, como aquí sucedió. Es preciso que los rendimientos del impuesto se destinaran a garantizar la protección de la salud y del medioambiente para disminuir los costes sociales y medioambientales ocasionados o vinculados, específicamente, al consumo de los hidrocarburos gravados.

Es necesario, en definitiva, que el destino al que se afecten los rendimientos del impuesto favorezca la consecución de una finalidad no presupuestaria del impuesto, que es la reducción de esos costes sociales relacionados con el consumo de hidrocarburos. " *De tal modo que existiera un vínculo directo entre el uso de los rendimientos y la finalidad del impuesto en cuestión* " (punto 30 "in fine" de la ya citada *STJUE de 27 de febrero de 2014* ).

La finalidad del artículo 3.2 de la Directiva, a tenor de la citada Sentencia del TJUE, por remisión a las conclusiones del Abogado General (apartados 25 y 26), se concreta en que dicho impuesto esté concebido, por lo que respecta a su estructura, hecho imposible o tipos de gravamen, de tal forma que disuada o incentive una determinada actuación. En este caso, que dicha estructura del impuesto disuada a los contribuyentes de utilizar hidrocarburos, o que fomente el uso de otros productos cuyos efectos sean menos nocivos para la salud y el medioambiente. Y nada de esto acontecía en el caso examinado.

**SÉPTIMO** .- *La actuación de las autoridades españolas según la STJUE de 27 de febrero de 2014*

Partiendo del contraste entre la norma nacional e infractora ( *artículo 9 de la Ley 24/2001* ) y la norma comunitaria e infringida ( *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE* ), y de las consecuencias que se extraen de la *STJUE de 27 de febrero de 2014* , que declaró dicha vulneración, debemos continuar, para determinar esa suficiencia de la caracterización de la violación, examinando, como ya adelantamos, las circunstancias que rodearon la creación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Hidrocarburos, incluyendo entre las mismas la interpretación que venía haciendo el TJUE sobre el citado

artículo 3.2 de la Directiva sobre impuestos especiales, y las relaciones entre las instituciones españolas y comunitarias sobre la acomodación de la norma nacional a la comunitaria. Dicho de otro modo, se trata de determinar si en enero de 2002, cuando entra en vigor el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, se conocía o se podía conocer que el mismo era disconforme con el Derecho comunitario.

Vaya por delante que la ya citada *STJUE, de 27 de febrero de 2014*, hace unas consideraciones que no podemos pasar por alto, cuando, al desestimar la limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia por aplicación de la seguridad jurídica, llega a la conclusión, en sus apartados 41 y siguientes, que no concurre en las autoridades españolas, el Gobierno y la Generalitat de Cataluña, la buena fe precisa para acceder a dicha limitación temporal. En concreto, se declara que "*no se desprende en modo alguno de los elementos aportados por la Generalitat de Catalunya ni el Gobierno español, contrariamente a lo que alegan, que la Comisión hubiera indicado en algún momento a estas autoridades que el impuesto de venta minorista de hidrocarburos fuera conforme a dicha disposición*" (apartado 43). Por lo que concluye que "*no puede admitirse que la Generalitat de Catalunya y el Gobierno español hayan actuado de buena fe al mantener el impuesto en vigor durante un periodo de más de diez años*" (apartado 45).

#### **OCTAVO** .- *La jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 3.2 de la Directiva*

La jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del expresado *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CE*, anterior a 2002 que es cuando se implanta el impuesto alumbrado mediante Ley 24/2001, ya había declarado que la "*finalidad específica*" del impuesto era una finalidad no presupuestaria. Prueba de lo que señalamos son las dos sentencias siguientes.

En la *STJUE de 24 de febrero de 2000 (asunto c-434/97)*, *Comisión/Francia*, en un recurso por incumplimiento, se desestima el recurso en relación con un impuesto sobre el alcohol y bebidas alcohólicas que estaba "*destinado a financiar determinadas prestaciones de la Seguridad Social*", para bebidas con un contenido de alcohol superior al 25% vol. Allí, aunque no se cuestionó si concurría una "*finalidad específica*" ni estaba en juego el concepto sobre la misma, se indica claramente que dichos impuestos debían perseguir una "*finalidad específica, es decir un objetivo no presupuestario*" (apartado 19).

La *STJUE de 9 de marzo de 2000 (asunto c-437/97)*, *EKW y Wein& Co*, al resolver una cuestión prejudicial, consideró que no era una "*finalidad específica*", según alegaba el Gobierno austriaco, ni reforzar la autonomía financiera de de las entidades territoriales, ni compensar las cargas soportadas por los municipios debido a las obligaciones que causa el turismo, ni proteger la salud pública al incentivar el consumo de bebidas no alcohólicas, señalando que "*un objetivo puramente presupuestario, (...) no*

*puede, por sí solo, como acaba de indicarse, constituir una finalidad específica en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva sobre los impuestos especiales "*.

De modo que, a tenor de las dos sentencias citadas, en 2002 resultaba indiscutible que la *finalidad específica* del artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE, era incompatible con una finalidad meramente presupuestaria. De modo que, como declara la antes citada *STJUE de 5 de marzo de 1996 caso Brasserie Du Pêcheur S.A.*, concurría el pertinente grado o nivel de claridad y precisión de la norma vulnerada, para calificar la vulneración como suficientemente caracterizada. El margen de apreciación en este punto es escaso, pues atiende a lo que ya venía declarando el TJUE al interpretar el expresado artículo 3.2.

#### **NOVENO** .- *La implantación del impuesto controvertido*

También resulta de utilidad, a los mismos efectos de determinar si estamos ante una violación suficientemente caracterizada, como ya anunciamos, examinar la relación entre las instituciones comunitarias y las españolas para el establecimiento del impuesto, y las circunstancias que rodearon su creación.

Antes de nada, resulta significativo que la implantación de este Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos se produjera como consecuencia de la aprobación de un nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común. Así es, mediante Acuerdo 2/2001, de 22 de julio, del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, se aprueba ese nuevo sistema de financiación, que creó un grupo de trabajo al que se encomendó analizar "*la creación de un impuesto sobre ventas minoristas de hidrocarburos*" con determinadas características.

Quiere esto decir que en el origen del impuesto, en las razones que determinan su alumbramiento, se expresa ya una finalidad netamente presupuestaria, como era la necesidad de establecer un nuevo sistema de financiación que se establecía mediante el citado Acuerdo de 2/2001, y que se nutría de tributos cedidos a las Comunidades Autónomas para asumir nuevas competencias. Se señalaba al respecto, en dicho acuerdo, que "*para poder asumir la cesión del IVA y los Impuestos Especiales de Fabricación, así como la cesión del Impuesto sobre la electricidad y del Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte y del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, será condición necesaria tener traspasados los servicios de gestión de asistencia sanitaria de la Seguridad Social*".

#### **DÉCIMO** .- *La relación entre las autoridades españolas y comunitarias*

El examen de la relación de las autoridades españolas con las comunitarias en este punto, pone de manifiesto de forma clara que estamos ante una infracción suficientemente caracterizada. Recordemos que este análisis reviste especial relevancia, como declara la *STJUE de 5 de marzo de 1996 caso Brasserie Du Pêcheur S.A.*, cuando señala que es importante que el juez nacional tome en consideración si el Estado

miembro conocía o no la actitud de la Comisión (apartado 50). Y, en este caso, las autoridades españolas conocían la posición de la Comisión antes de la entrada en vigor del impuesto controvertido y, por supuesto, durante su vigencia por más de diez años.

Así es, antes de la creación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos se planteó, el día 6 de abril de 2001, por el Presidente de la Comisión Nacional para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación aplicable a las Comunidades Autónomas a partir de 2002, al Director de Política Fiscal de la Dirección General de la Fiscalidad de la Comisión Europea, dos cuestiones sobre la creación de dicho impuesto, relacionadas con el acomodo de dicho impuesto a la norma comunitaria. Pues bien, el Director de Política Fiscal, en fecha 14 de junio de 2001, concluye que la "*Comisión considera que, según la información a su disposición, el proyecto presentado, relativo a la introducción de impuestos con tipos de gravamen diferentes en las Comunidades Autónomas aplicables (...) a los hidrocarburos, no respetaría la legislación comunitaria*".

La Comisión Nacional, con base en la jurisprudencia del TJUE, discrepó del anterior criterio expresado por las autoridades comunitarias y señaló que "*esta conclusión no es compartida por la Comisión (nacional), en base al análisis jurisprudencial que se ha realizado y siempre que tales diferencias respondieran a parámetros objetivos, como reclama la citada Dirección General*".

Con posterioridad a la aplicación del impuesto, que recordemos se hace con efectos de 1 de enero de 2002, y antes de cumplirse tres meses de la entrada en vigor, mediante comunicación de 22 de marzo de 2002, la Comisión Europea solicita a España, observaciones sobre si el impuesto creado respetaba las condiciones del *artículo 3.2 de la tan citada Directiva 92/12/CEE*.

El reino de España contesta a dicha comunicación, mediante informe de 31 de mayo de 2002, y señala que ya la Comisión Europea había reconocido, en otros casos, el impuesto *destinado a financiar determinadas prestaciones de Seguridad Social*, y en este caso también hay una finalidad específica, sanitaria y medioambiental.

La Comisión Europea, ya en el seno de un procedimiento de infracción (nº 2315/2002), remite comunicación de emplazamiento a España, de fecha 16 de julio de 2003, al considerar que se han incumplido las obligaciones que le incumben según el *artículo 3.2 de la citada Directiva*. En esta comunicación ya se declara que "*la Comisión de las Comunidades Europeas considera que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 92/12/CEE al aplicar a determinados productos sujetos a impuestos especiales un gravamen indirecto sin finalidad específica*".

Transcurren dos años y nueve meses sin actuación alguna en el procedimiento por infracción, y en 28 de junio de 2006, la Comisión Europea remite carta de emplazamiento

complementaria, analiza la Directiva y la jurisprudencia del TJUE y concluye, insistiendo, que el impuesto tiene una finalidad presupuestaria y no una finalidad específica. España realiza observaciones mediante informe de 5 de octubre de 2006 y se reafirma en sus consideraciones.

Tras la carta del Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos, de 18 de junio de 2007, mediante Dictamen de 6 de mayo de 2008, la Comisión Europea en el procedimiento de infracción citado, concluye que " *el Reino de España no ha respetado las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, de la directiva 92/12/CEE, al recaudar el IVMDH*".

No podemos desconocer, además, que desde mediados de 2006 a julio de 2007 las autoridades españolas demoraron la presentación de propuesta que le fue requerida en tres ocasiones por la Comisión (22 de junio, 26 de julio y 30 de noviembre de 2006).

**UNDÉCIMO** .- *La conclusión: la violación es suficientemente caracterizada*

La síntesis, antes expuesta, de las comunicaciones, entre las autoridades españolas y las comunitarias, pone de relieve que en todas y cada una de las ocasiones en las que las autoridades comunitarias se han pronunciado, con motivo de cuestiones formuladas por órganos nacionales, o por propia iniciativa, sobre la naturaleza del impuesto, han llegado a la misma conclusión: el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos contravenía lo dispuesto por el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales. Desde 2001 insistió una y otra vez en dicha conclusión.

Nos encontramos, en definitiva y recapitulando lo anterior, ante una infracción suficientemente caracterizada porque cuando entra en vigor, en 2002, el controvertido impuesto, creado mediante Ley 24/2001, las autoridades españolas eran conscientes, o deberían haberlo sido (lo que significa que no puede ser un error jurídico de carácter excusable), que dicho impuesto no se ajustaba a lo dispuesto por el *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE*

Así lo demuestra no sólo la jurisprudencia del TJUE, que en el año 2000 ya declaraba que la *finalidad específica* que debía tener un impuesto indirecto, al margen de los armonizados, era una finalidad no presupuestaria; sino también que las autoridades comunitarias, antes y después de la creación del impuesto, insistían en sus comunicaciones al Gobierno de España que el impuesto vulneraba el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales. Y a pesar de ello, el impuesto se aplica en 2002 y se mantiene en vigor durante más de diez años.

Por ello consideramos que aunque pudiera sostenerse que el mero contraste de las dos normas ( *artículo 9 de la Ley 24/2001* y el *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE* ) podría no revelar una infracción suficientemente caracterizada y ello explica las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia. La interpretación de dicho artículo

3.2 por la jurisprudencia del TJUE, además de las consideraciones que hace la expresada *STJUE de 27 de febrero de 2014* (apartados 41 y siguientes), y las uniformes e insistentes comunicaciones de las instituciones comunitarias a las españolas poniendo de manifiesto dicha infracción, nos llevan a la conclusión de que podía y debía haber sido conocida esa vulneración normativa, al tiempo de la implantación del impuesto. De modo que la violación del Derecho comunitario tenía el grado de claridad suficiente para ser considerada como suficientemente caracterizada.

No obsta a lo anteriormente expuesto que durante la sustanciación del procedimiento por infracción, el Gobierno español intentara, en paralelo, negociar con las autoridades comunitarias para modificar la Directiva 2003/96/CE, como condición para derogar el impuesto controvertido. Ni tampoco, puede oponerse con éxito frente a lo antes razonado, que diversos Tribunales Superiores de Justicia no plantearan cuestión sobre el acomodo de la norma española a la comunitaria. Ambas cuestiones no tienen el vigor necesario para abatir, a los efectos de la caracterización de la violación, lo declarado por la jurisprudencia comunitaria antes de 2002 y lo que ponen de manifiesto las comunicaciones entre las autoridades españolas y europeas, si atendemos al estándar que establece la jurisprudencia antes citada, sobre la violación suficientemente caracterizada.

Por lo demás, no puede invocarse el amplio margen de apreciación de que disponía el Estado miembro, pues, en este caso, dicho margen resultaba tan reducido como exige el respeto a la norma comunitaria (artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales). Dicho de otro modo, la libertad de apreciación no es un salvoconducto para obviar, sortear, o simplemente infringir, los requisitos que la norma comunitaria establece para crear determinados impuestos.

#### **DUODÉCIMO** .- *La relación de causalidad*

Por otro lado, respecto de la inexistencia de relación de causalidad directa y exclusiva que niega la Administración General del Estado, tampoco en este punto puede ser compartido tal alegato, por las razones que seguidamente expresamos.

A) La relación de causalidad es *directa* porque la parte recurrente ha sufrido un daño de carácter económico, que es antijurídico porque no tiene el deber de soportar, derivado de una actuación de los poderes públicos, que se concreta en la aplicación de una norma legal contraria al Derecho de la Unión Europea, cuando entre ambos elementos media un vínculo causal. Y es de carácter directo porque la aprobación de la Ley 24/2001, que crea el impuesto, y los sucesivos actos de aplicación, generan un daño económico en forma de repercusión derivada de las sucesivas liquidaciones tributarias. Sin lo primero, esa actuación de los poderes públicos, no se hubiera producido lo segundo, el daño o perjuicio económico. De ahí su carácter necesario.



Respecto de las referencias a las devoluciones de ingresos indebidos, conviene dejar claro que es una figura cuya naturaleza es sustancialmente distinta a la responsabilidad patrimonial, pues ésta se concreta en la indemnización por los daños extracontractuales derivados, en este caso, de una ley contraria al Derecho de la Unión Europea. De modo que la reclamación cuya desestimación se impugna se suscita respecto de liquidaciones tributarias firmes, en las que también puede haber prescrito el derecho a la devolución de ingresos indebidos, según los ejercicios, y sin que resulte de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Conviene recordar, para valorar su compatibilidad, que en la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por invalidez de la ley nacional infractora del Derecho comunitario, la acción para pedir la responsabilidad patrimonial, la denominada " *actio nata* ", se inicia, a los efectos del plazo del *artículo 145.2 de la Ley 30/1992* , al dictarse la STJUE, que fue en 2014, que es cuando expresamente se declara que la ley española ha vulnerado el Derecho de la Unión Europea.

Ahora bien, cuando el derecho a la devolución no ha prescrito, cuyo plazo es de cuatro años, se ha ejercitado, se ha estimado y ha tenido lugar la devolución de lo percibido indebidamente, como es natural no pueden duplicarse, para el mismo ejercicio económico, la devolución de ingresos y la indemnización por responsabilidad. Del mismo modo que sucede, como luego veremos, en el caso de las devoluciones del tramo autonómico por el gasóleo profesional. La solución contraria efectivamente daría lugar a un enriquecimiento injusto.

Por lo demás, no puede valorarse, a los efectos examinados, la omisión que invoca la Administración demandada. Nos referimos al hipotético o probable aumento de la carga fiscal de los hidrocarburos que se hubiera aprobado, se desconoce en qué términos, en el caso de no haberse implantado el controvertido impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea.

B) La relación de causalidad es *exclusiva* toda vez que el daño ocasionado al recurrente deriva de la aplicación de una ley estatal, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que alumbra el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos.

No se trata de determinar, a los efectos que ahora enjuiciamos, qué Administración o Administraciones se han beneficiado de los rendimientos de dicho impuesto, sino qué Administración o Administraciones son responsables de su implantación. Y si bien es cierto que la configuración del impuesto permite que junto al tipo estatal, se aprueben tipos impositivos adicionales por las Comunidades Autónomas, y así lo hicieron algunas, lo cierto es que es la citada Ley 24/2001 la que establece un diseño y estructura del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea. Es el *artículo 9 de la Ley 24/2001* el que trasgrede el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos

especiales armonizados, dando lugar al ingreso de cantidades económicas por la aplicación de un impuesto, cuya invalidez ha sido declarada. Manteniéndose en vigor durante más de diez años, sin que fuera derogado por quién tenía la competencia para hacerlo.

Téngase en cuenta, por lo demás, que estamos enjuiciando la legalidad de una denegación de reclamación por responsabilidad patrimonial y no de una devolución de ingresos indebidos, pues ésta última, efectivamente, se presenta ante la Administración que ha recibido el ingreso indebido, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial ante la Administración autora de la actuación que causa el daño que debe ser reparado.

Acorde con lo expuesto, por tanto, no estamos ante un supuesto de gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación, o de concurrencia de Administraciones en la producción del daño, previstos en *artículo 140 de la Ley 30/1992*. El daño tiene su origen exclusivo en la Ley 24/2001, que configura un impuesto que vulnera el Derecho comunitario y permite la creación de tipos adicionales por las Comunidades Autónomas. Lo relevante, en definitiva, es la concurrencia de los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial, determinando la acción que, de modo exclusivo, produce la lesión que debe ser indemnizada. Dicho de otro modo, la condición necesaria para ocasionar el perjuicio económico padecido por la parte recurrente es la Ley 24/2001, sin dicha actuación no se hubiera producido, en ninguna de las cantidades abonadas. Y ello no sucede con las leyes autonómicas que se dictaron, por algunas Comunidades Autónomas, al amparo de la citada Ley estatal.

**DÉCIMO TERCERO** .- *La seguridad jurídica* Interesa añadir que la invocación, que hace el Abogado del Estado, de la seguridad jurídica ( *artículo 9.3 de la CE* ) no puede servir de cobertura para excluir, con invocación o no de la cosa juzgada, los ejercicios que han devenido firmes, tanto si fueron impugnados en su día como si no, o cuando ha prescrito el derecho a devolución de ingresos indebidos. Entre la impugnación de liquidaciones tributarias y la impugnación de la denegación de la reclamación por responsabilidad media una diferencia esencial. Se trata de actos distintos, dictados en el ejercicio de potestades diferentes, que responden a principios, y protegen bienes jurídicos, no coincidentes. Dicho de otro modo, el objeto y la razón de decidir, son distintos y, en todo caso la acción de responsabilidad obliga a reparar el daño, pero no anula el efecto de cosa juzgada derivado de la sentencia judicial anterior.

En este sentido nos pronunciamos en la *Sentencia de 15 de septiembre de 2010* (recurso contencioso administrativo nº 653 / 2009), que resume el contenido de la *Sentencia del Pleno de la Sala, de 2 de junio de 2010* (recurso contencioso administrativo 588/2008 ), al señalar que <<la Sala califica estas normas limitadoras de los efectos propios del régimen general del instituto procesal de la cosa juzgada como restrictivas o limitativas de derechos y de carácter excepcional y, por ello, procede a interpretarlas de

*un modo estricto y no extensivo, entendiendo así que las mismas disponen que la cosa juzgada ha de alcanzar a las pretensiones invocadas en el proceso ya fenecido pero no a aquéllas que sean distintas de las antes deducidas "(...) bien porque los sean los sujetos frente a los que se piden; bien porque lo sea el "petitum", esto es, el bien jurídico cuya protección se solicita". (FD 7º, párrafo noveno). (...) De dicha interpretación, concluye la Sala (...) no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución". (FD 7º, párrafo décimo), al no existir identidad entre los bienes jurídicos cuya protección se solicita ya que en el proceso fenecido lo era el derecho o derechos derivados, a juicio del recurrente, de una concreta situación o relación jurídica y en el nuevo proceso lo es el de ser indemnizado por los daños ocasionados en su patrimonio por un tercero que no tenía el deber de soportar. Con ello, la Sala mantiene así el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron las ya mencionadas sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000 y que, a juicio de la Sala, es el que mejor se ajusta al que rige en materia de ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial contra los Estados miembros de la Unión Europea>>.*

#### **DÉCIMO CUARTO** .- *El enriquecimiento injusto*

El alegato que se esgrime, en la contestación a la demanda, sobre el enriquecimiento injusto que supone acceder al pago de lo recaudado por dicho Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, durante los años de vigencia del impuesto, cuando lo abonado por tal concepto ha sido considerado un gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades o en el del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y cuando, se añade, ha podido implicar una mayor cuantía de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido soportadas deducibles, no puede ser estimado. Seguidamente expresamos las razones de tal conclusión.

La Administración tributaria está obligada, con carácter general, a devolver las cantidades ingresadas por los tributos recaudados que infringen el Derecho de la Unión Europea. Así se declara, respecto de los Estados miembros, en las SSTJUE "San Giorgio" de 9 de noviembre de 1983; " Michaidilis" de 21 de septiembre de 2000; "Weber's Wine Worldy otros" de 2 de octubre de 2003; " Marks & amp; Spenser" de 10 de abril de 2008; y "Direct Parcel Distribution Belgium" de 28 de enero de 2010.

Ahora bien, esta regla general de devolución de lo ingresado por impuestos incompatibles con el Derecho de la Unión, puede denegarse cuando dé lugar a un enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo. Esta excepción ha de ser interpretada de forma restrictiva, como señala la STJUE, caso *Lady & amp; Kid A/S* , de 6 de septiembre de 2011, que excluye el enriquecimiento sin causa, cuando se trata de la supresión de otros tributos relacionada con el establecimiento de un tributo contrario al Derecho de la Unión (apartado 23). Añadiendo que la repercusión directa del tributo indebido sobre el

comprador constituye la única excepción al derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo del Derecho de la Unión (apartado 25). Por consiguiente, se concluye, *el Derecho de la Unión se opondrá a que un Estado miembro deniegue la devolución de un tributo ilícito basándose en que las cantidades indebidamente pagadas por el sujeto pasivo se hayan visto compensadas por el ahorro resultante de la supresión simultánea de otros gravámenes, puesto que, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, tal compensación no puede considerarse un enriquecimiento sin causa en relación con el referido tributo* (apartado 26).

En el mismo sentido ya la *STJUE Weber'sWineWorld y otros*, de 2 de octubre de 2003, declara que *un Estado miembro sólo puede oponerse a devolver el impuesto recaudado indebidamente desde la perspectiva del Derecho comunitario cuando las autoridades nacionales hayan demostrado que el tributo ha sido soportado en su totalidad por una persona distinta del sujeto pasivo y que su devolución a éste le produciría un enriquecimiento sin causa. (...) Dado que esta excepción constituye una restricción aplicada a un derecho subjetivo basado en el ordenamiento jurídico comunitario, debe interpretarse de forma restrictiva* (apartados 94 y 95). También se declara que incluso cuando se demuestra que la carga del tributo recaudado indebidamente ha sido repercutida total o parcialmente sobre terceros, la devolución de éste al operador económico no implica necesariamente un enriquecimiento sin causa, pues se podría sufrir un perjuicio económico derivado de una disminución del volumen de ventas. Por lo que se contesta, a una de las cuestiones suscitadas, señalando que las normas del Derecho comunitario relativas a la acción de devolución de lo pagado indebidamente deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que niegue, cuestión que corresponde verificar al juez nacional, la devolución de un impuesto incompatible con el Derecho comunitario por la sola razón de que éste haya sido repercutido sobre terceros, sin exigir que se determine la medida del enriquecimiento sin causa que originaría para el operador económico la devolución de este impuesto.

El TJUE, en definitiva, excluye que el juez nacional, en aplicación del derecho interno, pueda oponerse a la devolución de un tributo ilícito por un motivo que no sea la repercusión del mismo. La repercusión directa del tributo indebido sobre el comprador constituye, y no en todo caso, la única excepción al derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo el Derecho de la Unión.

El daño efectivo que ha soportado la parte recurrente se integra, en definitiva, por las cantidades económicas que hubo de desembolsar el recurrente en aplicación de un impuesto que vulneraba el Derecho de la Unión Europea, con independencia de la relación que media entre el retenedor y la Administración Tributaria, a los efectos del alegado ingreso de las cantidades en el Tesoro Público. Igualmente, las deducciones respecto de otros impuestos distintos al aquí controvertido, como es el caso del Impuesto

sobre Sociedades o el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y su repercusión respecto del Impuesto sobre el Valor Añadido, es una cuestión ajena a este recurso contencioso administrativo, porque no supone, a tenor de lo expuesto, un enriquecimiento sin causa, al referirse a otros impuestos distintos al Impuesto sobre Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, cuyas cuotas integran el daño indemnizable.

La Administración tributaria tiene, además, las potestades y los medios adecuados para reclamar al contribuyente, bien el pago de lo deducido o repercutido efectivamente, o bien realizando las compensaciones que procedan, siempre con los límites de la prescripción y en los términos previstos por las normas tributarias.

Teniendo en cuenta que cualquier gasto, como el pago del impuesto controvertido, no es obligatoriamente deducible, sino únicamente será necesario para la obtención de la renta gravable. Dependiendo de quién sea el reclamante y de la actividad económica que desarrolle.

Conclusión distinta alcanzamos, como ya adelantamos, respecto del enriquecimiento injusto, en relación con las cantidades abonadas en los mismos ejercicios económicos por el solapamiento de la vías señaladas, la devolución de ingresos indebidos y la responsabilidad patrimonial. Lo mismo hay que señalar respecto del gasóleo profesional, y la devolución de cuotas correspondientes al tipo autonómico, al tratarse del mismo impuesto, y para desterrar, insistimos el enriquecimiento sin causa.

Téngase en cuenta que la previsión sobre el gasóleo profesional no se contenía en la redacción originaria del *artículo 9 de la Ley 24/2001*, sino que fue introducida por la *Disposición Final cuarta Ley 36/2006, de 29 de noviembre* (que entró en vigor el 1 de diciembre de 2006), que añadió un número seis bis al referido artículo 9, en el que confería a las Comunidades Autónomas que hubieran fijado un tipo de gravamen autonómico para el gasóleo de uso general, la posibilidad de no aplicarlo, en todo o en parte, cuando fuera utilizado como carburante en el motor de determinados vehículos y respecto del cual fuera aplicable la devolución prevista en el *artículo 52 bis de la Ley de Impuestos Especiales*. De modo que tal posibilidad solo resulta de aplicación a partir del 1 de octubre de 2006, y respecto de Comunidades Autónomas que hubieran fijado tipos impositivos adicionales y hubieran previsto tal devolución.

#### **DÉCIMO QUINTO.-** *La determinación de la indemnización*

Los razonamientos anteriores nos conducen a la estimación del recurso contencioso administrativo. En consecuencia, la Administración General del Estado deberá indemnizar a la parte recurrente en la cantidad resultante de la aplicación de las siguientes bases.

A) La indemnización se integra por la suma de todas las cantidades abonadas durante la vigencia del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos contrario al Derecho de la Unión Europea, y reclamadas en el presente recurso contencioso administrativo (ejercicios 2002 a 2009).

B) La cantidad anterior únicamente podrá verse minorada con las cantidades que, en el momento de efectuarse el pago de la indemnización por responsabilidad, la recurrente ya hubiera percibido, por devolución de ingresos indebidos, respecto de ese mismo impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea y ejercicios.

C) También podrá minorarse la citada cantidad por las cantidades que, en el momento de efectuarse el pago de la indemnización por responsabilidad, la recurrente ya hubiera percibido por las devoluciones del tramo autonómico respecto del gasóleo profesional, respecto de ese mismo impuesto y ejercicios.

D) Se abonarán los intereses legales de la cantidad reclamada una vez restadas, en su caso, las cantidades recibidas por devolución de ingresos indebidos o respecto del gasóleo profesional (apartados B y C), desde el día de la presentación de la reclamación hasta la fecha de notificación de esta sentencia. Con aplicación, a partir de ese momento, de lo dispuesto en el *artículo 106.2 de la LJCA* .

En este caso, además, hay que tener en cuenta que la cantidad inicialmente reclamada en vía administrativa fue de 92.883,89 euros. Luego, mediante escrito de ampliación registrado en fecha 1 de julio de 2014, se incrementó en 25.438,33 euros en concepto de intereses legales (total 118.322,22 euros). También, mediante escrito de 10 de julio de 2014, al contestar a un requerimiento de la Administración, se modifica la cantidad a 104.491,91 euros. Posteriormente, por escrito de 29 de julio de 2014, se señala que la cantidad debe fijarse 148.435 euros. Y esta es la cantidad que se solicita en el escrito de demanda. Estos sucesivos cambios o incrementos en la cantidad inicialmente reclamada, por los ejercicios 2002 a 2009, sin que conste justificación alguna en el escrito de demanda, determinan que hayamos de estar a la cantidad inicialmente fijada.

#### **DÉCIMO SEXTO.- *Las costas procesales***

De conformidad con lo dispuesto por el *artículo 139.1 de la LJCA* , tras la modificación por Ley 37/2011, de 10 de octubre, no se imponen las costas a la Administración recurrente, pues aunque rige en esta materia el criterio del vencimiento, el rigor de su aplicación se atempera en los casos, como el examinado, que presenten "*serias dudas de hecho o de derecho* ", derivadas de la complejidad y diversidad de las cuestiones suscitadas.

#### **FALLAMOS**

Que estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "Empresa Freire, S.L.", contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2015, que se anula, por no ser conforme con el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la Administración General del Estado deberá indemnizar a la recurrente en la cantidad de 92.883,89 euros, de la que únicamente podrán restarse las cantidades abonadas por la Administración, por los ejercicios reclamados, cuando al momento de efectuarse el pago de la indemnización por responsabilidad, la recurrente ya hubiera percibido lo reclamado, en su caso, por devolución de ingresos indebidos o por las devoluciones del tramo autonómico respecto del gasóleo profesional, respecto del referido impuesto.

Igualmente deberán abonarse los intereses legales, de la cantidad reclamada una vez restadas, en su caso, las cantidades recibidas por devolución de ingresos indebidos o respecto del gasóleo profesional, desde el día de la presentación de la reclamación hasta la fecha de notificación de esta sentencia. Con aplicación, a partir de ese momento, de lo dispuesto en el *artículo 106.2 de la LJCA* . Sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Luis María Díez Picazo Giménez. Segundo Menéndez Pérez. María del Pilar Teso Gamella. José Luis Requero Ibáñez. Jesús Cudero Blas. Ángel Ramón Arozamena Laso.

### **Voto particular**

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON José Luis Requero Ibáñez A LAS SENTENCIAS DE 18 DE FEBRERO DE 2016, DICTADAS EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS 12, 194, 195, 217, 241, 244, 251 y 259/2015.

Con el máximo respeto discrepo del voto mayoritario sólo en lo que se refiere la concurrencia del requisito consistente en que la violación de la norma comunitaria sea "suficientemente caracterizada". A tal elemento dedica la Sentencia mayoritaria los Fundamentos Tercero a Undécimo, y la discrepancia se centra en los Fundamentos Octavo a Undécimo.

Tal discrepancia que expongo al amparo de los *artículos 206.1 y 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* , se basa en los siguientes razonamientos que, a mi entender, debieron dar lugar a una sentencia desestimatoria:

**PRIMERO.-** Como es sabido, para apreciar si la violación de la norma comunitaria es "suficientemente caracterizada" es preciso integrar tal concepto jurídico indeterminado acudiendo, a su vez, a otros conceptos también indeterminados: que la violación sea de tal grado o entidad que resulte clara, manifiesta, intencional o inexcusable.

Desde la lógica del instituto de la responsabilidad patrimonial, en este caso del legislador, lo que se ventila es el requisito de la antijuridicidad del daño. No basta una incompatibilidad entre la norma nacional y la comunitaria, sino que sea de una especial intensidad fruto de una interpretación que vaya más allá de lo discutible, de forma que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño causado por la norma infractora.

Para este segundo escalón en esa labor integradora es también jurisprudencia constante acudir como indicadores de esa gravedad, por ejemplo, a la complejidad de la regulación y la claridad de la norma comunitaria, el margen de apreciación del legislador nacional, la conducta de las instituciones comunitarias y de los Estados, el mantenimiento de la norma pese a la existencia de precedentes jurisprudenciales o pese a la incoación de un procedimiento por incumplimiento.

Siguiendo esos indicadores o marcadores entiendo que en este caso no está "suficientemente caracterizada" la incompatibilidad del *artículo 9.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, en cuanto que crea el Impuesto sobre Venta Minorista de Determinados Hidrocarburos (en adelante, IVMDH), con el *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992*, según la interpretación que del mismo ha hecho la *Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2014, caso Transportes Jordi Besora, c-82/12*, en lo que hace a la exigencia de que ese nuevo tributo responda a una "finalidad específica" respecto del sistema de impuestos especiales armonizados.

**SEGUNDO.-** Ya no es cuestión litigiosa que España creó un impuesto que no respondía a una "finalidad específica" tal y como exige la norma comunitaria; eso ya está zanjado con la *Sentencia Transportes Jordi Besora*. Sin embargo del parecer mayoritario deduzco que una vez clarificado qué se entiende por "finalidad específica", los términos en que se basa esa Sentencia vienen a confundirse con la exigencia de que la infracción sea "suficientemente caracterizada", que es la cognición de este pleito y cuya apreciación es exclusiva de esta Sala. Por tanto, una cosa es la claridad de la doctrina deducible de la *Sentencia Transportes Jordi Besora* y otra si lo que ya es claro lo era hasta ese momento, lo que exige indagar en el estado de la cuestión previo y que abarca actuaciones desarrolladas entre 2001 y 2013, estado presidido por una incertidumbre jurídica capaz de generar posturas contrapuestas, objetivamente defendibles, incertidumbre que zanja la citada Sentencia.



**TERCERO.-** Los indicadores antes apuntados cabe aplicarlos sobre dos momentos distintos: primero, el estado de la cuestión antes de promulgarse la Ley 24/2001; el segundo, el estado de la cuestión tras promulgarse y durante el tiempo que estuvo vigente hasta el archivo de procedimiento por incumplimiento una vez derogada la Ley 24/2001.

### **1. Situación anterior a Ley 24/2001.**

Viene presidida por dos Sentencias del TJUE que sustentarán el parecer de la Comisión y serán la jurisprudencia existente hasta la Sentencia Transportes Jordi Besora que fija la que, hoy por hoy, es la doctrina sobre qué se entiende por "finalidad específica" respecto de los impuestos especiales no armonizados.

La primera es la *Sentencia de 24 de febrero de 2000, Comisión vs. Francia (C-434/97)*, dictada en un procedimiento por incumplimiento. En ese caso no fue cuestión litigiosa la concurrencia del requisito de que la creación de un impuesto especial no armonizado responda a una finalidad específica. Se ventilaba allí la infracción de la normativa comunitaria a raíz de la creación de un tributo cuyo fin era financiar el Fondo Nacional del Seguro de Salud y la Sentencia se limita a recordar que el artículo 3.2 sólo permite la creación de impuestos especiales no armonizados relacionados con políticas no presupuestarias. La controversia versó sobre otros aspectos ahora ajenos como el ámbito y la base imponible.

Más relevante es la *Sentencia de 9 de marzo de 2000, EKW y Wein& Co (c-437/97)*, dictada en un procedimiento prejudicial y en la que el TJUE da un paso más. Se estaba ante una norma austriaca reguladora de un impuesto municipal sobre bebidas alcohólicas, norma que no preveía una finalidad específica para ese tributo. Será ante el TJUE cuando Austria concrete como finalidad específica reforzar la autonomía financiera de las entidades territoriales, compensar las cargas soportadas por los municipios por las obligaciones derivadas del turismo y proteger la salud pública, porque incita al consumo de bebidas no alcohólicas, menos gravadas que las bebidas alcohólicas.

La Sentencia asume las conclusiones del Abogado General y va desmontando tales alegaciones. En lo que ahora interesa aclara que el aumento de la autonomía municipal, mediante el reconocimiento de una potestad tributaria, constituye un objetivo puramente presupuestario que "por sí sólo" no constituye una finalidad específica en el sentido del *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE*. A tal efecto recuerda que la finalidad de la misma es evitar que los impuestos indirectos suplementarios obstaculicen indebidamente los intercambios, lo que ocurriría si los operadores económicos estuvieran sometidos a formalidades distintas de las previstas por la normativa comunitaria de impuestos especiales o IVA, pues las citadas formalidades pueden diferir de un Estado miembro a otro.

Con tales precedentes España decide la creación de lo que será el IVMDH. A tal efecto hubo un "diálogo" entre la Comisión o Grupo de Trabajo constituido en España para la reforma de los impuestos especiales y el Director General de Política Fiscal de la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Aduanera de Comisión Europea. España hace una consulta sobre legalidad de la creación de nuevos impuestos que graven bienes gravados con otros impuestos especiales y expuso que finalizaba el quinquenio 1997-2001 con inicio de la reforma del sistema financiación autonómico; además coincidía con el fin del INSALUD al culminar el proceso de descentralización en materia de sanidad. Se añade las exigencias de nuestra organización territorial basada en unos entes territoriales -las Comunidades Autónoma- como sujetos políticos dotados de potestad normativa a las que se cede ese tributo para financiar actuaciones referidas a dos competencias autonómicas, sanidad y medioambiente.

En cuanto a la "finalidad específica", España la identifica con la financiación políticas sanitarias y medioambientales, materias que son competencias autonómicas « *lo que implicaría a su vez, por supuesto, que el rendimiento de los mismos debería quedar asignado a la financiación de gastos vinculados a las actuaciones medioambientales y sanitarias* ». En este sentido debe añadirse que en el ordenamiento interno español el artículo 27 de la *Ley General Tributaria de 1963*, en ese momento vigente, habilitaba para prever ex lege la "afectación concreta" de los tributos frente a la regla general de que el rendimiento de los mismos se destine a financiar gastos generales; previsión repetida en el *texto refundido de La Ley General Presupuestaria de 1988, artículo 23* que se refiere a la "afectación a fines determinados"

En ese diálogo la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Aduanera de Comisión Europea recuerda las exigencias derivadas de la literalidad del artículo 3.2, la doctrina de la Sentencia EKW, Wein& Co y que lo que España plantea es admisible si se integra en una política de sanidad o medioambiente.

Con estos presupuestos se promulga la Ley 24/2001.

## **2. Situación tras la Ley 24/2001, en especial el procedimiento por incumplimiento.**

Cabe distinguir dos momentos: uno desde el 21 de marzo 2002 a 6 de mayo de 2008, esto es, entre la carta de Director General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión hasta el Dictamen motivado en el procedimiento por incumplimiento; otro, desde que se emite ese Dictamen motivado hasta el 10 de marzo de 2014, en que se archiva ese procedimiento por incumplimiento.

El primer momento se inicia con la carta de 21 de marzo 2002 del Director General pidiendo explicaciones a España sobre compatibilidad IVMDH respecto del cumplimiento del requisito consistente en que el nuevo impuesto obedezca a una finalidad específica según el *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE*. España responde el 31 de mayo 2002

admitiendo que, en efecto, con la creación del IVMDH no puede perseguirse un fin sólo recaudatorio y a tal efecto cita la Sentencia Comisión vs Francia. Sin embargo en este caso España alegó un fin específico, en concreto financiar la sanidad y, en su caso, lo relativo al medioambiente, fines estos cuya concreción corresponde a las Comunidades Autónomas.

Finaliza 2002 sin más actuaciones hasta que en 16 de julio de 2003, iniciado el procedimiento por incumplimiento y dentro del trámite del artículo 226.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se invita a España para que presente observaciones. En ese escrito se recuerda una vez más que la doctrina de la Sentencia EKW y Wein& Co, no excluye que la sanidad y el medioambiente sean fines específicos pero advierte que en la ley española no hay más que una afectación general, no predeterminada.

España responde el 17 septiembre 2003 recordando que la legislación interna permite afectaciones tributarias a fines determinados, a lo que añade lo previsto en la *Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que ordena la afectación por las Comunidades Autónomas de los rendimientos así obtenidos para la financiación de las prestaciones sanitarias (artículo 10.1 y 2)*. España recuerda que lo que impide la Sentencia EKW y Wein& Co es un tributo que tenga como fin "por sí solo" la financiación de entes territoriales, advierte de la dificultad de la prueba de un fin específico en el caso español por tratarse de tributos cedidos pues el Estado no actúa sobre afectación concreta, limitándose a la promulgación de la norma que así lo permite.

Tras este cruce de escritos, no es sino hasta el 28 de junio 2006 cuando, de nuevo en el trámite del artículo 226.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión dirige una segunda invitación a España para presentar observaciones. En ese escrito la Comisión vuelve a recordar el contenido de los dos precedentes jurisprudenciales ya citados y concreta la exigencia de "finalidad específica" en estos términos: debe tratarse de una finalidad distinta de la perseguible mediante los impuestos especiales armonizados, recuerda las observaciones del Abogado General en el caso EKW, Wein& Co, entiende que el IVMDH será compatible con la Directiva 92/12/CEE siempre que persiga un fin que sólo pueda lograrse al margen del sistema armonizado, que el IVMDH tiene un fin presupuestario aunque se refiera a dos ámbitos concretos (sanidad y medioambiente) y que en la parte autonómica no hay asignación predeterminada.

España responde a esa segunda invitación el 20 octubre de 2006 insistiendo en que esos dos ámbitos de afectación y añade la incidencia del consumo de hidrocarburos en la salud y que el tributo está en la línea de integrar el principio de que quien contamina paga. Expone una vez más la problemática específica de España derivada de nuestra organización territorial en cuanto que las Comunidades Autónomas tienen enorme capacidad normativa, que las políticas sectoriales sobre sanidad y

medioambiente son de su competencia, que el IVMDH es un impuesto complementario del armonizado.

En 2007 sólo hay un cruce de escritos sobre cuestiones ajenas a lo que ahora se ventila y en esta situación se emite por la Comisión el Dictamen motivado de 6 de mayo de 2008 por infracción de la Directiva 92/12/CEE. En cuanto a la inexistencia de una finalidad específica en el IVMDH expone que por tal finalidad específica se entiende que no sea presupuestario y no pueda lograrse mediante impuestos especiales armonizados. No se cumplirá tal requisito si es que el objeto se puede lograr con impuestos especiales armonizados y así concluye que el IVMDH tiene un fin puramente presupuestario y genérico.

España presentó sus alegaciones el 19 de noviembre de 2008 resaltando el tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley 24/2001, alude al contexto de colaboración con la Comisión y a una reunión en septiembre 2008 en la que se trató la idea de suprimir el IVMDH, de modificar la Directiva 2003/96/CE17 de febrero de 2009 -que sustituyó a la Directiva 92/12/CEE- y así consta una propuesta de reforma de esa Directiva 2003/96/CE centrada en la posibilidad de aplicar tipos impositivos diferenciados por las Comunidades Autónomas.

Así las cosas, se suprime el IVMH por Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012.

### **3. Significado de la STJUE Transportes Jordi Besora.**

Las reclamaciones de las que ha conocido esta Sala traen su causa de esa tercera Sentencia dictada en la cuestión prejudicial promovida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

En esta Sentencia el Tribunal asume las conclusiones del Abogado General que a estos efectos son más explícitas. Esas conclusiones partían de la Sentencia EKW, Wein& Co, en ella se considera que el IVMDH se estableció al tiempo de acordarse transferencias a las Comunidades Autónomas en sanidad y medioambiente, considera probado que su creación obedecía a la necesidad de financiar esas transferencias, sin que resulte probado una finalidad específica en sentido artículo 3.2. El impuesto no armonizado persiguió el mismo fin que el Impuesto sobre Hidrocarburos -reducir costes sociales del consumo de hidrocarburos- de forma que la salud y el medio ambiente son fines formulados en términos amplios y predeterminados.

Así entiende el Abogado General que por "fin específico" hay que entender aquel que incentiva o desincentiva ciertas conductas y no se ha probado que la estructura esté así predeterminada, que financie medidas concretas. Y añade que no hay que confundir el

fin del impuesto y con el destino de los rendimientos: el fin del IVMDH se acepta pero no está probado el destino de sus rendimientos sin que sea bastante la mera afectación de rendimientos a fines de sanidad y medioambientales.

**CUARTO.-** Conforme a tales antecedentes y siguiendo los indicadores antes apuntados, entiendo que no hay base para integrar la exigencia de que la incompatibilidad declarada en firme entre la ley nacional y la Directiva 92/12/CEE sea "suficientemente caracterizada" y esto por las siguientes razones:

### **1º Claridad y complejidad de la norma infringida**

España al aprobar el IVMDH era consciente de que ese nuevo impuesto debía responder a una "finalidad específica" distinta de la presupuestaria, concepto especialmente indeterminado. Obviamente en la operación de diseñar un impuesto capaz de integrar tal concepto indeterminado había que partir de la lógica del sistema de la imposición armonizada como instrumento que facilita el mercado interior que gravan en el territorio de la Unión los mismos productos o servicios. Los Estados, sin embargo, pueden - y ahí está su margen de apreciación- crear otro impuesto especial que grave la entrega de productos - en este caso los hidrocarburos - con una finalidad distinta de la presupuestaria y que no pueda lograrse con el impuesto armonizado, en este caso el Impuesto sobre Hidrocarburos.

Ya se ha expuesto la tesitura en la que se encontraba España - fin del periodo quinquenal en cuanto a la financiación autonómica, se culmina la descentralización sanitaria - y las exigencias de la ordenación territorial a efectos tributarios. A su vez ya el ordenamiento interno daba instrumentos para la creación de tributos con una afectación particular.

Por tanto, partiendo de que si bien finalmente se declaró la incompatibilidad del impuesto español con la Directiva 92/12/CEE, tal indicador no es concluyente para entender que ese incumplimiento fuese suficientemente caracterizado, esto es, grave, manifiesto. Es preciso conjugarlo con los restantes indicadores. Y a esto añádase - como se verá de nuevo respecto de otros indicadores - que es relevante que se promoviese una cuestión prejudicial, lo que implica que el Tribunal promotor no advirtió una norma clara de directa aplicación.

### **2º Precedentes jurisprudenciales .**

La jurisprudencia del TJUE sobre el *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE* fue evolutiva: de una primera sentencia no concluyente se fue a una segunda sentencia más concreta y finalmente a una tercera que ya es concluyente.

De la Sentencia Comisión Vs. Francia no puede concluirse que España se estuviese adentrando en una infracción grave, manifiesta; es más, la "finalidad específica" no fue

cuestión allí litigiosa, se constató que la finalidad del impuesto francés era financiar las prestaciones del Fondo Nacional del Seguro de Salud, lo que sustancialmente no difiere - fuera de esa concreción orgánica- del caso español.

Es en la Sentencia EKW y Wein& Co cuando el Tribunal da un paso relevante. Juzga allí una ley que no concretaba fin alguno, se dice que financiar entes territoriales es un fin presupuestario que "por sí sólo" no satisface la exigencia de finalidad específica y seguidamente desmonta las observaciones de Austria en cuanto a la finalidad alegada.

Este caso se basa sustancialmente en la postura de la Comisión, pero ese caso es distinto del IVMDH. La Ley 24/2001 sí concretaba una finalidad, España planteó dos objetivos claros que la ley no podía concretar más pues esa labor correspondía a las Comunidades Autónomas.

Con estos precedentes la Sentencia Transportes Jordi Besora es la que concreta con claridad la interpretación del *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE*, es la que dice qué se entiende por "finalidad específica", es cuando se matiza entre fin del impuesto y destino de los rendimientos, paso éste que en el caso español era competencia autonómica.

Por tanto, esa Sentencia hace una interpretación de la Directiva 92/12/CEE de la que resulta la incompatibilidad con la misma de la norma española, pero la doctrina clara que así lo afirma es la que se emite con la Sentencia Transportes Jordi Besora, no antes. Antes hay un estado en la evolución jurisprudencial que ofrece una base razonable para la discrepancia. Finalmente el Tribunal resolvió lo que resolvió y el asunto queda zanjado, pero no permite sostener que la postura española fuese grave y manifiestamente infractora, es decir, que tuviese un grado de intensidad capaz de considerarse suficientemente caracterizada.

También respecto de este indicador hay que indicar que es significativo que la Sentencia Transportes Jordi Besora que está en el origen de este pleito se haya dictado no en un procedimiento por incumplimiento, sino a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Antes los distintos Tribunales Superiores de Justicia ante los que se siguieron pleitos contra liquidaciones por el IVMDH, rechazaron hacerlo lo que generaba la confianza de su compatibilidad con la Directiva 92/12/CEE.

### **3º Actitud de la Comisión y de España**

Ya se ha dicho cuál es la finalidad del sistema de imposición indirecta armonizada como instrumento fiscal ligado al funcionamiento del mercado interior. Pues bien, la relevancia del bien jurídico protegido con esa normativa contrasta con la actitud de la Comisión. Cabe así deducir que si tan grave era la infracción de ese sistema, no se entiende que en sus sucesivas cartas y escritos la Comisión se limite a ofrecer unas

observaciones reiterativas, sin salir de la doctrina de la Sentencia EKW, Wein& Co, lo que avalaba la discrepancia de España que finalmente quedó zanjada por quien podía hacerlo tras un procedimiento en el que se ventilaba una cuestión jurídicamente discutible.

Por otra parte es un dato relevante el tiempo transcurrido entre el 1 de enero de 2002, fecha de entrada en vigor la Ley 24/2001 creando el IVMDH, y 2012, año en el que se archivó el procedimiento por incumplimiento. Salvo los años 2002, 2003 y 2006, 2007 y 2008 no hay actuación alguna en ese procedimiento, lo que no se compadece con la salvaguarda del mercado interior, velando para que la imposición indirecta sobre ciertos productos se desarrollase dentro de ese régimen armonizado.

Finalmente si durante ese tiempo hubo negociaciones o conversaciones entre España y la Comisión lo cierto es que acabaron mediante una suerte de allanamiento de España motivado no tanto por razón de admitir la ausencia de una finalidad específica en el IVMDH, sino tras garantizarse en cuanto a los tipos aplicables al Impuesto sobre Hidrocarburos un margen a las Comunidades Autónomas.

#### **4º El procedimiento por incumplimiento.**

Volviendo sobre el significado y alcance de ese procedimiento, debe insistirse que los términos en que se desarrolló fueron los deducibles de la escasa jurisprudencia que en ese momento existía sobre la interpretación del *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE*, discrepancias basadas en la Defensa de posturas razonables.

En ese procedimiento España defendió su postura según el estado de la jurisprudencia, haciendo valer las exigencias de la legislación interna, en especial las derivadas de la organización territorial del Estado. Y que era conocedora de lo que en ese momento era la jurisprudencia - en especial la Sentencia EKW y Wein& Co - se evidencia que en el IVMDH se entendió ajustado a la *Directiva 92/12/CEE porque la previsión de una afectación del IVMDH a una "finalidad específica" (artículo 3.2 de la Directiva)*, no distaba de lo que en la legislación interna era "afectación concreta" (*artículo 26 de la Ley General Tributaria de 1963*) o "afectación a fines determinados" (*artículo 23 del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria*). Será, repito, en la Sentencia Transportes Jordi Besora cuando se concreta el alcance de esa "finalidad específica".

#### **5º Alcance de observaciones que sobre la buena fe hace la Sentencia Transportes Jordi Besora respecto de efectos temporales sentencia:**

Fue España quien planteó la limitación de los efectos del posible pronunciamiento desfavorable en el procedimiento a que dio lugar la cuestión prejudicial que se resuelve con la Sentencia Transportes Jordi Besora. Ésta rechaza limitar esos efectos, recuerda que

la regla general es una eficacia *ex tunc* que sólo en caso de grave daño a la economía o desde la buena fe, sería procedente acceder a esa limitación.

Ante tal pedimento la Sentencia rechaza que concurra esa buena fe como circunstancia enervante de la regla general y se basa en el parecer del Abogado General que a su vez se basa en la doctrina de la Sentencia EKW y Wein& Co. Añade que no se deduce de los autos que la Comisión hubiese indicado que la ley española fuese conforme a la Directiva por lo que había iniciado el procedimiento de incumplimiento en el que se emitió el Dictamen motivado, que España mantuvo la vigencia del IVMDH durante más de diez años y que la convicción de España de que el IVMDH era conforme a la Directiva 92/12/CEE no puede poner en tela de juicio esta afirmación.

Sin embargo tampoco este parecer de la Sentencia Transportes Jordi Besora da pie, por sí, para integrar la exigencia de que se estuviese ante una infracción suficientemente caracterizada. Primero porque esa integración es privativa de los tribunales nacionales; segundo, porque tal apreciación - hecha respecto de los efectos de la sentencia - no impide que esta Sala pueda apreciar que las sentencias Comisión vs. Francia y EKW y Wein& Co no eran concluyentes; tercero, tanto la Comisión como España vinieron manteniendo unas discrepancias en unos términos razonables, y que la mayor fuerza de convicción de la postura sostenida por la Comisión, fue asumida años después por la Sentencia Transportes Jordi Besora, dictada en un procedimiento prejudicial, no por incumplimiento. Y cuarto, que España mantuviese durante más de diez años en vigor el IVMDH es un dato que queda neutralizado por el hecho de que durante ese tiempo la Comisión así lo consintió.

#### **QUINTO.- Conclusión.**

Con arreglo a lo expuesto cabe concluir que, efectivamente, España creó un impuesto no armonizado cuya compatibilidad con las exigencias del *artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE* eran dudosas, y las posturas favorables y desfavorables eran defendibles, al margen de cual fuese más convincente. Finalmente será el TJUE quien zanje el debate avanzando -y concretando- en la interpretación e integración del concepto "finalidad específica" exigible a los impuestos especiales no armonizados. Ahora bien, lo que de convincente hay en esa doctrina no lleva a que la postura contraria, mantenida durante más de diez años, haya dado lugar a una infracción de la norma comunitaria suficientemente caracterizada, es decir, que con su mantenimiento se haya incurrido en una infracción grave, manifiesta, intencionada e inexcusable de la Directiva 92/12/CEE.

A esto debe añadirse la dificultad de exigir como finalidad específica unas políticas de fomento de determinadas energías y que desincentiven el uso de hidrocarburos, algo complejo en comparación con tributos que graven el tabaco o el alcohol, a lo que se



añade el reparto competencial entre el Estado y Comunidades Autónomas en cuanto que el primero promulga la ley creadora del impuesto y las segundas las políticas objeto de financiación. Que en el procedimiento prejudicial no se probase o no hubiese constancia de las mismas habrá llevado a una interpretación de la norma comunitaria de la que se deduce que la norma española no se ajusta a la misma, que la incumple, pero no da pie a considerar que ese incumplimiento sea grave y manifiesto.

Finalmente quiero apuntar que un asunto centrado en una cuestión objetivamente discutible y que zanjó quien ostenta la competencia para fijar doctrina sobre la interpretación del Derecho comunitario, evolucionando desde su propia doctrina, debe ser restrictiva la apreciación de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Tal restricción es exigible máxime cuando se trata de aplicar normas cargadas de conceptos indeterminados; se trata de una responsabilidad deducible no de actos administrativos, sino de leyes dirigidas a toda la población, con vocación de permanencia, referidas en este caso a actos en masa y cuyos presupuestos normativos se asientan en conceptos de compleja apreciación.

Madrid, a dieciocho de febrero de 2016

José Luis Requero Ibáñez