



Roj: **ATS 7633/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:7633A**

Id Cendoj: **28079130012019201083**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2019**

Nº de Recurso: **1477/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

AUTO

Fecha del auto: 20/06/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1477/2019

Materia: TRIBUTOS LOCALES

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Jose Navarro Sanchis

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por: MLD

Nota:

R. CASACION núm.: 1477/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Jose Navarro Sanchis

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

AUTO

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

Dª. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy



D. Francisco Jose Navarro Sanchis

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 20 de junio de 2019.

HECHOS

PRIMERO.-1. La procuradora D^a. María de los Ángeles Rodríguez Piazza, en representación de ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U. ["ENDESA"], presentó escrito de 6 de febrero de 2019, preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2018 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, que estimó el recurso nº 500/2018 .

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidas las siguientes normas: (i) el artículo 203 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre) ["LGT"], en relación con el artículo 178 del mismo cuerpo legal ; (ii) el artículo 1 del Protocolo Adicional (hecho en París el 20 de marzo de 1952) del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 ["CEDH "]; y (iii) los artículos 1 , 25.1 y 31.1 de la Constitución ["CE "].

2.1. En relación con el artículo 203 de la LGT , sostiene la recurrente que "en contra del criterio jurídico aplicado por la Sentencia de instancia, la interpretación de este precepto no permite una aplicación meramente automática de la sanción, en su grado máximo, por el simple hecho de que el 2% de la cifra de negocios arroje un resultado superior a 600.000 euros sino que ofrece un amplio margen cuantitativo a la Administración tributaria para la fijación de la sanción, particularmente teniendo en cuenta la necesaria aplicación en nuestro Derecho administrativo sancionador del principio de proporcionalidad (art. 178 LGT). Según tenemos fundamentado en fases anteriores, el principio de proporcionalidad debe ser entendido como una correspondencia entre la idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, considerándose especialmente para la graduación de la sanción a aplicar la existencia de intencionalidad, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia". Indica seguidamente que "[l]a vulneración que denunciamos del principio de proporcionalidad resulta evidente al comparar la cuota tributaria derivada de las actas de disconformidad nº 1186/2012 y 1187/2012 -una magnitud económica que sin duda sirve para evidenciar la gravedad de la infracción cometida por mi representada- que fueron suscritas como resultado del procedimiento inspector origen de estos autos, tramitado a instancias del Ayuntamiento de Granada en relación con la liquidación de la Tasa [por utilización privativa del suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro] para los ejercicios 2009 y 2010, respectivamente, por un importe total de 81.840.54 euros (22.888,23 euros del acta nº 1186/2012 y 58.952,31 euros del acta nº 1187/2012), con la cuantía total de 600.000 correspondiente la sanción impuesta a mi representada por aplicación de lo dispuesto en el artículo 203.6.b).1º LGT . Así, el importe de la referida sanción equivaldría a un porcentaje superior al 700% sobre la cuota liquidada, a lo cual habría que añadir que a mi representada le fueron impuestas adicionalmente otras sanciones por dejar de ingresar el importe relativo a la tasa (equivalentes al 50% de la cuota liquidada), si bien estas no constituyen el objeto del presente recurso". Señala, con carácter adicional, que "el hecho de que para el cálculo de la cuota de la Tasa se tenga en cuenta el importe total de los ingresos brutos obtenidos anualmente en el municipio de Granada por mi representada (artículos 5 y 7 de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa), mientras que el importe de la sanción que es objeto de este escrito resulte de aplicar un porcentaje al importe neto de la cifra de negocios total de mi representada, obtenido en todo el territorio nacional, ilustra de nuevo la desproporción a la que venimos haciendo referencia". Y concluye al respecto indicando que "existe una falta de motivación en la imposición de la sanción, que fue invocada por esta parte (y, por otro lado, exigida en los artículos 210.4 y 211.3 LGT). A juicio de esta parte, resulta imperativo que la Administración pondere y motive las razones que le llevan a fijar la sanción impuesta a mi representada en el máximo grado posible ya que, a nuestro juicio, una interpretación en sentido opuesto del artículo 203.6.b).1º LGT debería determinar su inmediata inconstitucionalidad".

2.2. En lo que concierne al artículo 1 del Protocolo número 1 del CEDH , entiende vulnerado dicho precepto "tal y como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) en sus Sentencias de 9 de julio de 2019 (Caso Moon contra Francia), de 26 de febrero de 2009 (Caso Grifhorst contra Francia), de 11 de enero de 2007 (Caso Mamidakis contra Grecia), de 9 de octubre de 2018 (Caso Gyrlan contra Rusia) y de 31 de enero de 2017 (Caso Boljevic contra Croacia) que enmarcan el principio de proporcionalidad en el ámbito sancionador dentro del citado artículo 1 relativo a la protección de la propiedad, considerando que ha de tenerse en cuenta el incumplimiento cometido, la gravedad de la falta y el equilibrio justo entre las exigencias del interés general y la protección de los derechos fundamentales. El hecho de ignorar estas circunstancias



manifiesta una evidente desproporción entre el fin perseguido (disuadir de un comportamiento de resistencia u obstrucción a la actuación inspectora) y los medios empleados (la imposición de una sanción en su grado máximo de 600.000 euros independientemente de la gravedad de la conducta)". Y, particularmente, señala que "la Sentencia recurrida vulnera el principio de proporcionalidad aplicable en el ámbito de la potestad sancionadora en materia tributaria, contenido en artículo 1 del Protocolo Adicional antes citado, por cuanto admite la aplicación automática de la sanción máxima (600.000 euros) contenida en el artículo 203.6 b) 1º LGT, por el mero hecho de superar el 2% del importe neto de la cifra de negocios de la compañía ese importe, sin hacer una valoración de las circunstancias del caso, esto es, del impacto que la supuesta obstrucción o resistencia a la actuación de la Administración tributaria tiene en cuanto a la deuda tributaria finalmente no recaudada, de la relevancia o entidad de la infracción que se reputa cometida, tal y como pueda ser la magnitud económica de los requerimientos que no habrían sido debidamente atendidos por mi representada, todo ello a fin de eliminar cualquier atisbo de responsabilidad objetiva".

2.3. Indica asimismo que "[i]ncidentalmente procede señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...) también se refiere al principio de proporcionalidad, de forma que la intensidad de las sanciones no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción imputada, entre otras, en sus Sentencias de 4 de octubre de 2018 (asunto C- 384/17; ECLI:EU:C:2018:810) y de 22 de marzo de 2017 (asuntos C-497/15 y C-498/15; ECLI:EU:C:2017:229), al estar expresamente incluido tal principio dentro de los derechos contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...) (artículos 49.3 y 52)".

2.4. Finalmente, y en lo que concierne a las vulneraciones constitucionales invocadas, señala que "si tal como ha considerado la Sala de instancia se entiende que la Administración actuó de acuerdo con lo preceptuado en el citado artículo 203.6.b).1º LGT, debemos señalar que éste resulta a todas luces inconstitucional, en la medida en que impone la sanción máxima sin tener en cuenta las circunstancias concretas del caso y sin que exista posibilidad de defensa que permita mitigarla. Por lo tanto, se vulnera lo dispuesto en el artículo 1 CE (que consagra el principio de proporcionalidad como parte del valor justicia, valor superior del ordenamiento jurídico del Estado), el artículo 25.1 CE (en el que no solo se enmarca el principio de legalidad sino también el de proporcionalidad en la previsión legal de las sanciones administrativas) y el artículo 31.1 CE (que garantiza el respeto al principio de capacidad económica en cuanto al deber de contribuir)", invocando al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril en lo que concierne a la posibilidad de aplicar el citado principio de capacidad económica a las sanciones.

3. Razona que las infracciones denunciadas han sido relevantes y determinantes del fallo de la sentencia de instancia.

4. Afirma que las normas reputadas como infringidas forman parte del Derecho estatal.

5. Considera que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia al presentarse la presunción prevista en el artículo 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE de 14 de julio) ["LJCA"], así como las circunstancias de las letras b), c) y d) del artículo 88.2 de la LJCA.

5.1. Concorre la presunción del artículo 88.3.a) de la LJCA porque "[s]alvo error u omisión de esta parte, no conocemos la existencia de ninguna sentencia del Alto Tribunal en relación con el alcance de la sanción tipificada en el artículo 203.6.b).1º LGT y en la que se analicen las cuestiones jurídicas que se plantean en el presente recurso, lo cual justifica, en opinión de mi representada, que el Tribunal Supremo deba entrar a analizar y aclarar tales dudas interpretativas", indicando que "sí existe jurisprudencia emanada de ese propio Tribunal Supremo en relación con el apartado 5.e) del mismo artículo 203 LGT pero no en relación con el artículo 203.6.b).1º. Dicho apartado sí tiene en cuenta el principio de proporcionalidad, lo cual no sucede con respecto al que nos ocupa (apartado 6.b) 1º). Nos referimos a las Sentencias del Alto Tribunal de 3 de abril de 2014 (recurso de casación núm. 791/2011) y de 8 de octubre de 2012 (recurso de casación núm. 6112/2010). El propio TSJ en la Sentencia impugnada considera que esta jurisprudencia no resulta de aplicación a este caso (Fundamento de Derecho Séptimo) al referirse al apartado 5.c) que no es el aplicado por el Ayuntamiento de Granada en su sanción".

5.2. Concorre la circunstancia del artículo 88.2.b) de la LJCA pues "[l]a interpretación realizada por la resolución impugnada resulta gravemente dañosa para los intereses generales pues, tal y como hemos expuesto, la aplicación automática de la sanción prevista en el artículo 203.6.b).1º LGT en su potencia más elevada, sin motivación alguna y por tanto sin atender a las concretas circunstancias de cada caso, vulnera el principio de proporcionalidad y el resto de normas citadas como infringidas (...) pudiendo incluso llegar a resultar inconstitucional".

5.3. Concorre la circunstancia del artículo 88.2.c) de la LJCA porque "resulta manifiesto que el criterio jurídico aplicado en la Sentencia que aquí se recurre es susceptible de alcanzar una virtualidad expansiva respecto de

casos idénticos o similares al presente en los que se aplique el mismo tipo infractor que el que aquí se discute. Es evidente que dicho artículo puede ser aplicable a multitud de contribuyentes en el marco de cualquier inspección sin que su aplicación se contraiga exclusivamente al caso concreto de mi representada. Además, otros apartados del mismo precepto presentan una redacción similar, por lo que su interpretación podría verse afectada por lo que aquí se resuelva por esa Sala, afectando a un número todavía superior de supuestos en los que se pretenda imponer este tipo de sanciones. Nos referimos, por ejemplo, al artículo 203.6.b) párrafo 2º, letra c), apartado segundo o al artículo 203.6.a) 3º párrafo segundo LGT, en los que la graduación depende también del importe neto de la cifra de negocios. Por lo anterior, esta parte entiende que la controversia que nos ocupa presenta una patente transcendencia jurídica objetiva en la medida en que resulta extensible a un gran número de situaciones, lo que hace nuevamente necesario que exista un pronunciamiento por parte de ese Alto Tribunal".

5.4. Concorre la circunstancia del artículo 88.2.d) de la LJCA porque "dado que las circunstancias contempladas en el apartado 2 del artículo 88 no son *numerus clausus*, considera mi representada que también resulta necesario un pronunciamiento por parte del Alto Tribunal por cuanto el propio artículo objeto de debate puede vulnerar la Constitución, según se ha expuesto, por lo que, aun cuando no ha sido una cuestión sobre la que específicamente se haya pronunciado el TSJ en la Sentencia impugnada, sí considera mi representada que ofrece un interés casacional objetivo, especialmente teniendo en cuenta lo señalado por el ya citado artículo 5.4 LOPJ, que puede incluso propiciar de la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad".

SEGUNDO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 22 de febrero de 2019, habiendo comparecido ENDESA -parte recurrente- y el Ayuntamiento de Granada -parte recurrida- ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 de la LJCA.

TERCERO.- 1. El Ayuntamiento de Granada, por escrito de 9 de abril de 2019, formuló, al amparo de lo previsto en el artículo 89.6 de la LJCA, oposición al recurso preparado, alegando, en síntesis: (i) que no puede aplicarse el principio de proporcionalidad por no existir margen de discrecionalidad para la Administración conforme al artículo 203 de la LGT; (ii) que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el citado principio; (iii) que el debate se centra sobre cuestiones de hecho excluidas del recurso de casación; y (iv) que no se han justificado suficientemente el resto de motivos de interés casacional invocados.

2.1. No resulta de aplicación, a su parecer, el principio de proporcionalidad al supuesto de autos porque como "se citó en la instancia y en la apelación la jurisprudencia dictada al respecto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7-03-1996 "El principio de proporcionalidad entra en juego principalmente cuando las normas sancionadoras disponen de un margen de discrecionalidad para la cuantificación de la sanción. Ahora bien, esta situación no se produce cuando la propia Ley determina el porcentaje o cantidad exactos de sanción aplicable en cada caso,De este modo podemos afirmar que el principio de proporcionalidad se cumple cuando se gradúa la sanción según dispone la Ley".

2.2. Por otro lado, razona que "el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre las referidas cuestiones jurídicas que se plantean en el presente recurso, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso, Sección 2 de fecha 11 de Diciembre de 2014.- Recurso Casación 2742/2013.- Ponente: Angel Aguayo Aguilés (Roj: STS 5152/2014- ECLI:ES:TS:2014:5152) Id Cendoj: 28079130022014100563", haciendo cita extensa de su fundamentación.

2.3. Entiende que ENDESA plantea cuestiones eminentemente fácticas, excluidas de casación, por cuanto que "lo que se pretende por la mercantil recurrente [es la] consideración por el Tribunal de las circunstancias concurrentes en el caso (intencionalidad, etc.), para la determinación de la sanción, -que, en cualquier caso, según se ha expuesto no es procedente-, [aspectos que] en todo caso, serían cuestiones de hecho y no de derecho, que están excluidas de su conocimiento por el Tribunal Supremo".

2.4. Considera que no se han explicitado, en relación con la circunstancia del artículo 88.2.b) de la LJCA, las razones por las que se puede producir el daño, ni su concreción, ni tampoco la vinculación del citado perjuicio con la doctrina específica de la sentencia que se recurre en casación.

2.5. Argumenta que no se concreta, en relación con la circunstancia del artículo 88.2.c) de la LJCA y más allá de meras conjeturas abstractas, por qué puede ser aplicable la doctrina que contiene la sentencia recurrida a una multitud de contribuyentes en el marco de cualquier inspección, máxime cuando la doctrina contenida en la sentencia recurrida no se aparta ni contradice la jurisprudencia existente.

2.6. Expone, por último, que "no concurre el supuesto previsto en el artículo 88.2.d) LJCA cuando existe jurisprudencia constitucional sobre una cuestión idéntica a la que resuelve la resolución recurrida, lo que



evidencia la inexistencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia", citada en la sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2014 (recurso de casación 2742/2013) antes referida.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Jose Navarro Sanchis, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89 LJCA , apartado 1), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 86 de la LJCA , apartados 1 y 2) y la Administración recurrente se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89 de la LJCA , apartado 1).

2. En dicho escrito, la parte recurrente acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, identifica con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que considera infringidas, oportunamente alegadas en la demanda y consideradas o que debieron ser observadas por la sentencia de instancia, y justifica que las infracciones que se le imputan han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 de la LJCA , letras a), b), d) y e)].

3. El escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque la sentencia discutida: (i) ha aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) de la LJCA]; (ii) sienta una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales [artículo 88.2.b) de la LJCA]; (iii) afecta a un gran número de situaciones, trascendiendo del caso objeto del proceso [artículo 88.2.c) de la LJCA]; y resuelve un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida [artículo 88.2.d) de la LJCA]. De los motivos que ofrece para justificarlo se deduce la conveniencia de que se pronuncie el Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

SEGUNDO.- Los hechos que dieron lugar a la sentencia de instancia, según consta en el expediente administrativo, fueron, en esencia, los siguientes, ordenados cronológicamente:

- El 19 de mayo de 2010, con objeto de calcular la tasa por utilización privativa del suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de las empresas explotadoras de servicios de suministro, ejercicios 2009 y 2010, se realizó el primer requerimiento por parte del Ayuntamiento de Granada a ENDESA, con emplazamiento para el día 16 de junio de 2010 y se solicitaron dos ampliaciones de plazo los días 3 de junio de 2010 y 15 de julio de 2010.

- El 15 de julio de 2010 se realizó un segundo requerimiento, respecto del que se volvió a solicitar ampliación de plazo. Y no fue hasta el día 30 de noviembre de 2010 cuando la solicitud del Ayuntamiento de Granada fue atendida, aunque de forma parcial e incompleta.

- Tras nueva intimación del ente municipal se remitió por el contribuyente la información solicitada el día 16 de febrero de 2011.

- El 29 de abril de 2011, la inspección del Ayuntamiento de Granada requirió nuevamente a ENDESA la documentación no aportada y la contabilidad principal y auxiliar.

- El 19 de mayo de 2011, el 7 de junio de 2011 y el 7 de octubre de 2011 ENDESA aportó información contable diversa.

- El 27 de abril de 2012, el Ayuntamiento de Granada solicitó una vez más a ENDESA la contabilidad auxiliar de todos los ejercicios y la relativa al periodo 2011, siendo que el 20 y 28 de junio de 2012 ENDESA aportó documentación contable diversa.

- El 12 de diciembre de 2012 el Ayuntamiento de Granada notificó el inicio de procedimiento sancionador por la infracción del artículo 203 de la LGT , que concluyó con resolución sancionadora notificada el 22 de abril de 2013, ascendiendo el importe de la sanción a 600.000 euros.

- El 25 de mayo de 2013 ENDESA impugnó la sanción ante el Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Granada, desestimándose la reclamación por resolución de 5 de abril de 2017.

- Recurrida la anterior resolución administrativa por ENDESA ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Granada, se estimó en parte en sentencia de 9 de marzo de 2018 , reduciendo la sanción a 15.000 euros.

- Recurrida en apelación tal sentencia por el Ayuntamiento de Granada, la Sala de este orden jurisdiccional con sede en Granada, dictó sentencia de 18 de diciembre de 2018 , estimando el recurso y revocando la sentencia apelada, contra la que se ha preparado este recurso de casación.



TERCERO.-1. El artículo 203 LGT , relativo a la infracción tributaria consistente en la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria, prevé que:

"1. Constituye infracción tributaria la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria.

Se entiende producida esta circunstancia cuando el sujeto infractor, debidamente notificado al efecto, haya realizado actuaciones tendentes a dilatar, entorpecer o impedir las actuaciones de la Administración tributaria en relación con el cumplimiento de sus obligaciones.

Entre otras, constituyen resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria las siguientes conductas:

a) No facilitar el examen de documentos, informes, antecedentes, libros, registros, ficheros, facturas, justificantes y asientos de contabilidad principal o auxiliar, programas y archivos informáticos, sistemas operativos y de control y cualquier otro dato con trascendencia tributaria.

b) No atender algún requerimiento debidamente notificado.

c) La incomparecencia, salvo causa justificada, en el lugar y tiempo que se hubiera señalado.

d) Negar o impedir indebidamente la entrada o permanencia en fincas o locales a los funcionarios de la Administración tributaria o el reconocimiento de locales, máquinas, instalaciones y explotaciones relacionados con las obligaciones tributarias.

(...) 6. En el caso de que el obligado tributario que cometa las infracciones a que se refieren las letras a), b), c) y d) del apartado 1 esté siendo objeto de un procedimiento de inspección, se le sancionará de la siguiente forma:

(...) b) Cuando el incumplimiento lo realicen personas o entidades que desarrollen actividades económicas, se sancionará de la siguiente forma:

1.º Si la infracción se refiere a la aportación o al examen de libros de contabilidad, registros fiscales, ficheros, programas, sistemas operativos y de control o consista en el incumplimiento del deber de facilitar la entrada o permanencia en fincas y locales o el reconocimiento de elementos o instalaciones, consistirá en multa pecuniaria proporcional del 2 por ciento de la cifra de negocios correspondiente al último ejercicio cuyo plazo de declaración hubiese finalizado en el momento de comisión de la infracción, con un mínimo de 20.000 euros y un máximo de 600.000 euros".

2. El artículo 178 de la LGT recoge:

"La potestad sancionadora en materia tributaria se ejercerá de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa con las especialidades establecidas en esta ley.

En particular serán aplicables los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia. El principio de irretroactividad se aplicará con carácter general, teniendo en consideración lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley".

3. El artículo 1 del Protocolo número 1 del CEDH explicita:

"Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas".

4. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de enero de 2007 (asunto *Madidakis contra Grecia* , número 35533/04) recoge:

"45. Por consiguiente, la obligación financiera nacida del pago de una multa puede dañar la garantía consagrada por esta disposición [artículo 1º del Protocolo número 1], si impone a la persona en cuestión una carga excesiva o conlleva fundamentalmente un estrago a su situación financiera (ver *Orion-Breclav S.R.O. c. République tchèque* (déc.), nº 43783/98, de 13 de enero de 2004).

46. En el caso de autos, el Tribunal no percibe razón alguna para dudar de que la injerencia litigiosa era conforme a la legislación nacional y de que la misma reflejaba las exigencias del interés general, particularmente la represión del contrabando.



47. En lo que respecta a la exigencia de proporcionalidad entre la injerencia en el derecho del demandante y el fin de interés general perseguido, el Tribunal no puede sino constatar la importancia de la multa impuesta. En efecto, recuerda que al demandante se le impuso, a título personal, una multa de montante total de 3.008.216 euros y fue además solidariamente responsable del pago de multas impuestas a otras personas por violaciones aduaneras, de un montante total de 4.946.145 euros. No puede dudarse de que se trata de sumas en extremo elevadas, que van hasta el décuplo de los tributos que constituyen el objeto de la infracción; esta situación llevó además a los jueces disidentes del Consejo de Estado a considerar que la multa litigiosa constituía una carga exorbitante incluso para grandes empresas y que ello constituía una confiscación *de facto* de la propiedad del demandante, en violación del artículo 1 del Protocolo nº 1 (...).

48. En estas circunstancias, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación del que disponen los Estados contratantes en esta materia (ver Balaž c. Slovaquie (déc.), nº 60243/00, de 16 de septiembre de 2003; Valico S.r.l. c. Italie (déc.), nº 70074/01, de 21 de marzo de 2006), el Tribunal estima que la imposición de la multa en cuestión ha conllevado un estrago tal a la situación financiera del demandante que se trataba de una medida desproporcionada conforme al fin legítimo que la misma perseguía.

Por tanto, ha existido violación del artículo 1 del Protocolo nº 1".

5. El artículo 1.1 de la CE recoge que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

6. El artículo 25.1 de la CE indica que "[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

7. El artículo 31.1 de la CE dispone que "[t]odos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

CUARTO.- La sentencia de instancia [fundamentos de derecho segundo, séptimo y octavo] razona de la siguiente manera:

"[...] la Inspección justificó la concurrencia de la infracción señalada en su informe que obra en el expediente administrativo, y que la cifra neta de negocios de la mercantil está acreditada en los folios 81 y 181 del expediente administrativo, en base a un dato aportado por la propia mercantil, y es de 2.920.853.000 euros, por lo que el 2% sería 58.417.060, y por ello se impuso la sanción máxima de 600.000 euros.

[...] si se analiza la norma expuesta, el artículo 203 de la LGT, y específicamente el artículo 203.6.b).1º, que es el motivo por el que se sanciona, no se exige la cuantificación de "las magnitudes monetarias" por las que se sanciona, sino únicamente "la cifra de negocios correspondiente al último ejercicio cuyo plazo de declaración hubiese finalizado en el momento de comisión de la infracción".

Y esa cifra de negocios consta en el folio 181 del expediente, donde figura que la cifra del negocio de la empresa en el ejercicio de 2009 fue de 2.920.853.000 euros.

[...] la sanción que se impone por el Ayuntamiento de Granada, y en concreto en el folio 244 así consta, es por un 2% de la cifra de negocios, lo que resulta coherente con la norma con la que se sanciona [...] La actuación inspectora se considera suficiente motivada y ajustada a Derecho, lo que obliga a revocar la Sentencia apelada, y considerar conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada".

QUINTO.-1. La cuestión que suscita este recurso de casación consiste en lo siguiente:

Determinar si la fijación de una sanción tributaria, la del artículo 203.6.b), que la LGT establece en un porcentaje de hasta el 2 por 100 de la cifra de negocios del sujeto infractor, sin que pueda ser inferior a una cantidad mínima ni superar un importe máximo delimitado en la propia Ley, permite al aplicador de la norma establecer una sanción pecuniaria dentro de estos límites máximo y mínimo, atendiendo al examen de la conducta y de la culpabilidad del expedientado, esto es, graduando proporcionalmente la sanción; o si, por el contrario, la norma no permite tales márgenes de apreciación, al disponer que, en todo caso, es la cifra de negocios el único elemento la que ha de tomarse en consideración exclusiva para cuantificar la sanción.

2. Esta cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pues concurre la presunción del artículo 88.3.a) de la LJCA, siendo conveniente el pronunciamiento de este Tribunal Supremo que, cumpliendo su función uniformadora, sirva como criterio orientador de los tribunales inferiores y pacifique la situación controvertida.



3. Es cierto que la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, en las sentencias de 8 de octubre de 2012 (recurso de casación 6112/2010; ECLI:ES:TS:2012:6380), de 3 de abril de 2014 (recurso de casación 791/2011; ECLI:ES:TS:2014:1579) y de 11 de diciembre de 2014 (recurso de casación 2742/2013, ECLI: ES:TS:2014:5152) ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la aplicación de los artículos 201 y 203 de la LGT , por lo que cabría considerar que ya existe jurisprudencia que resuelve la cuestión. Ahora bien, conviene recordar que la controversia suscitada en esos recursos se refería a un supuesto no estrictamente equiparable al que ahora nos ocupa, por lo que resulta conveniente un nuevo pronunciamiento de este Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada en el presente recurso de casación.

4. El recurso de casación RCA 873/2019, que fue admitido mediante auto de 6 de junio de 2019, presenta perfiles similares a las cuestiones que deben dilucidarse en relación con este recurso.

Ha de añadirse que la cuestión relativa a la pretendida infracción del artículo 1 del Protocolo Adicional (hecho en París el 20 de marzo de 1952) del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 ["CEDH "], no puede ser objeto de examen casacional, al constituir una cuestión nueva no planteada en el litigio ni decidida consecuentemente por el Tribunal de instancia, a quien no le puede ser imputada la infracción de una norma que no le ha sido alegada ni ha sido relevante y determinante del fallo, en consecuencia.

5. La presencia de interés casacional objetivo por la razón expuesta hace innecesario determinar si concurren las restantes alegadas por el recurrente en el escrito de preparación del recurso para justificar su admisión.

SEXTO.- 1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA , en relación con el artículo 90.4 de la LJCA , procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, las cuestiones enunciadas en el punto 1 del anterior razonamiento jurídico.

2. Las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación son el artículo 203.6.b) , 1º en relación con el artículo 178, ambos de la LGT ; y los artículos 1 , 25.1 y 31.1 de la CE .

SÉPTIMO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA , este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

OCTAVO.- Procede comunicar inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA , y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA , remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación RCA 1477/2019, preparado por ENDESA ENERGÍA XXI, S.L.U., contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2018 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso número 500/2018 .

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

Determinar si la fijación de una sanción tributaria, la del artículo 203.6.b), que la LGT establece en un porcentaje de hasta el 2 por 100 de la cifra de negocios del sujeto infractor, sin que pueda ser inferior a una cantidad mínima ni superar un importe máximo delimitado en la propia Ley, permite al aplicador de la norma establecer una sanción pecuniaria dentro de estos límites máximo y mínimo, atendiendo al examen de la conducta y de la culpabilidad del expedientado, esto es, graduando proporcionalmente la sanción; o si, por el contrario, la norma no permite tales márgenes de apreciación, al disponer que, en todo caso, es la cifra de negocios el único elemento la que ha de tomarse en consideración exclusiva para cuantificar la sanción.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 203.6.b).1º, en relación con el artículo 178, ambos de la Ley General Tributaria ; los artículos 1 , 25.1 y 31.1 de la Constitución .

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.



Así lo acuerdan y firman.

Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente Rafael Fernandez Valverde

Maria del Pilar Teso Gamella Wenceslao Francisco Olea Godoy

Francisco Jose Navarro Sanchis Fernando Roman Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ