



Roj: **STS 4836/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4836**

Id Cendoj: **28079130012017100030**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2017**

Nº de Recurso: **2131/2015**

Nº de Resolución: **1811/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sentencia núm. 1.811/2017

Fecha de sentencia: 24/11/2017

Tipo de procedimiento: REC. CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA

Número del procedimiento: 2131/2015

Fallo/Acuerdo:

Votación: 20/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 101

Transcrito por:

Nota:

REC. CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA núm.: 2131/2015

Votación: 20/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 101

Sentencia núm. 1811/2017

Presidente del Tribunal Supremo:

D. Carlos Lesmes Serrano

Excmos. Sres.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

D. Pedro Jose Yague Gil

D. Jose Manuel Sieira Miguez

D. Francisco Jose Navarro Sanchis

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 24 de noviembre de 2017.



Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2131/2015, interpuesto por la Procuradora D.ª Adela Cano Lantero, en nombre y representación de la mercantil "Berdai XII, S.A.", contra la sentencia dictada en fecha 3 de febrero de 2015, y en su recurso contencioso-administrativo nº 42/13, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal Supremo, sobre denegación de indemnización por responsabilidad del Estado legislador, siendo parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sección Cuarta de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia desestimando el recurso. Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de "Berdai XII, S.A.", se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina.

En el escrito de interposición solicitó que se dicte sentencia declarando haber lugar al recurso y, en consecuencia, se case y anule la sentencia impugnada estimando correcta la doctrina mantenida en las sentencias de contraste traídas al proceso.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de fecha 29 de abril de 2015 se admitió a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina y se dió traslado a la parte recurrida (Administración General del Estado), para que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo, lo que hizo el Sr. Abogado del Estado en escrito presentado en fecha 29 de mayo de 2015 en el que, tras alegar lo que a su derecho convino, solicitó que el recurso fuera inadmitido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones de la Sección Cuarta de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, por providencia de fecha 5 de octubre de 2017 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 20 de noviembre de 2017, en que tuvo lugar.

CUARTO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Cano Lantero, en nombre y representación de la mercantil "Berdai XII, S.A.", interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en fecha 3 de febrero de 2015 y en su recurso contencioso-administrativo nº 42/2013, por medio de la cual se desestimó el formulado por aquella mercantil contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 30 de noviembre de 2012, que desestimó la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por la entidad actora por importe de 703.566#68 €, más los intereses legales correspondientes, como consecuencia de la aplicación en los ejercicios de 2002 a 2006 y 2007 del artículo 98.dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que vinculaba la posibilidad de deducción del IVA (a la importación) a su previo pago, precepto declarado más tarde contrario al Derecho de la Unión Europea, en los términos que veremos.

SEGUNDO.- En su escrito de interposición la parte recurrente alega que la solución a la que llegó la sentencia impugnada es contraria a la adoptada en las anteriores sentencias del Tribunal Supremo (Sección Sexta) de 17 de septiembre de 2010 - recurso nº 153/2007-, de 3 de diciembre de 2010 - recurso nº 246/2007-, de 7 de diciembre de 2010 - recurso nº 323/2007-, de 17 de diciembre de 2010 - recurso nº 371/2007 - y de 10 de diciembre de 2010 - recurso nº 305/2007 -.

No tendremos en cuenta la sentencia, que también se alega, de 25 de enero de 2013 -recurso nº 750/2011 - porque esta sentencia procede, como la impugnada, de la misma Sección Cuarta, por cuya razón, de conformidad con lo establecido en el artículo 61.3 de la LOPJ, no puede servir para apoyar un recurso de casación para la unificación de la doctrina como el que nos ocupa.

TERCERO.- El presente recurso de casación para la unificación de la doctrina debe ser desestimado.

Según viene caracterizado en el ordenamiento procesal administrativo, el recurso de casación para la unificación de la doctrina procede cuando *"respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones substancialmente iguales, se hubiese llegado a pronunciamientos distintos"*, (artículo 96 de la Ley Jurisdiccional 29/98).



Pero no es este el caso que nos ocupa, ya que, como veremos, el fundamento en que descansan la sentencia impugnada y las de contraste, son distintos, al concluir una y otras razonadamente que no existe (en el caso de la sentencia impugnada) o que sí existe (en el caso de las sentencias de contraste) una "infracción suficientemente caracterizada" del Derecho de la Unión Europea, fundamento diferente que conduce a distinta respuesta judicial.

CUARTO.- Puede, en efecto, convenirse en que el problema jurídico último que se plantea en la sentencia impugnada y en las sentencias de contraste es sustancialmente idéntico, ya que se trata de decidir en todos esos casos si los demandantes tienen o no el derecho a una indemnización por los perjuicios que les causó la aplicación de una norma legal nacional (no importa cuál) que posteriormente fue declarada contraria al Derecho de la Unión Europea.

A) Eso ocurrió, en la sentencia impugnada, con el artículo 98.dos de la Ley del IVA 37/1992, de 28 de diciembre, que vinculaba la deducción del IVA a la importación no al devengo, sino al previo pago del mismo; precepto que fue inaplicado por ser contrario al artículo 17, apartado 2, letra b) de la Directiva 77/388/CEE (Sexta Directiva), de 17 de mayo de 1977 , por las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo de fecha ambas de 10 de mayo de 2010 (recursos 1432 y 1454/2005), en criterio más tarde confirmado, respecto de idéntico precepto del Derecho francés, por sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012, c-414/10 .

B) Y, en las sentencias de contraste de la Sección Sexta, ocurrió lo mismo con otro precepto de la ley del IVA 37/1992, el artículo 102.1, el cual fue declarado contrario a los artículos 17, apartados 2 y 5 y 19, apartado 1 , de la Sexta Directiva en sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2005 (asunto c-204/03), en cuanto que ampliaba de forma ilegal la limitación del derecho a deducción prevista en esos preceptos de la Sexta Directiva; haciendo aplicable también a los sujetos pasivos totales una limitación del derecho a deducción no prevista en esos preceptos de la Unión.

Como se ve, en la sentencia impugnada y en las de contraste están afectados preceptos diferentes de la Ley 37/1992, pero eso no excluye, como decíamos, que el problema jurídico último sea sustancialmente el mismo, a saber, si existe derecho a indemnización por los perjuicios causados por la vigencia de una ley nacional que posteriormente es declarada contraria al Derecho Comunitario.

QUINTO.- Después de despejar ciertos problemas intermedios, (v.g. si las reclamaciones se interpusieron o no dentro de plazo, si existe o no derecho a la indemnización cuando se han dejado firmes las correspondientes liquidaciones tributarias, etc., cuestiones que aquí no nos afectan) la sentencia impugnada y las de contraste, aplicando la doctrina emanada de las sentencias del TJUE de 5 de marzo de 1996 , c-46/93 y de 4 de julio de 2000 , Haim II, entran al estudio de si la infracción del Derecho de la Unión en aquéllos casos está o no "*suficientemente caracterizada*" (es decir, si la infracción es o no manifiesta y grave), ya que este es uno de los requisitos que esa jurisprudencia comunitaria exige para que nazca el derecho a la indemnización.

Y es aquí, en este último extremo del hilo discursivo jurídico, donde se pone de manifiesto el diferente fundamento entre la sentencia impugnada y las de contraste, diferencia que conduce a la declaración de no haber lugar al presente recurso de casación para la unificación de doctrina, al no existir la contradicción requerida por el artículo 96.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98.

SEXTO.- Las razones que dieron la sentencia impugnada y las de contraste para afirmar o negar que la infracción (cierta en ambos casos, pero con circunstancias diversas) no fuera o fuera "*suficientemente caracterizada*" son las siguientes:

l) Sentencia impugnada.

Llega a conclusión negativa (es decir, que la infracción del Derecho de la Unión no es "*suficientemente caracterizada*") por las siguientes razones:

a) Tanto el ejercicio investigado (2001) como la fecha del acta de la que surge la liquidación (abril de 2004) son claramente anteriores a las SSTs de 10 de mayo de 2010 .

b) Pero sobre todo, porque el Tribunal Supremo, en resoluciones próximas a estas dos sentencias, no consideró que la ley española fuera contraria al Derecho de la Unión, y aceptó, sin plantearse siquiera esa posible vulneración, que la deducción de las cuotas del IVA (a la importación) estaba condicionada a su previo ingreso. Cita, con explicación de su contenido, las sentencias de 10 de julio de 2007 -casación nº 306/2002 -, 14 de noviembre de 2007 -casación nº 5688/2002 -, 26 de septiembre de 2008 -casación nº 547/2004 - y 12 de febrero de 2009 -casación nº 11040/2004 -.

En todos aquéllos casos ni siquiera los recurrentes plantearon ese problema; pretendían únicamente pagar los intereses de sólo un mes.



c) También la Audiencia Nacional venía aceptando que procedía el pago de intereses de demora porque el derecho a la deducción no nacía en el momento del devengo sino en el del pago (sentencias de su Sección Sexta de 30 de octubre de 2009 - recurso nº 386/2008-, de 6 de noviembre de 2008 - recurso nº 5181/2008 -, y de 22 de febrero de 2007 - recurso nº 355/2005 -).

d) Tampoco se había suscitado cuestión sobre ello en el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no siendo aplicable al caso su sentencia de 8 de mayo de 2008, asuntos c-95/07 y c-96/07.

e) El Estado español no fue contumaz ni reincidente, en el caso, pues no siguió aplicando el precepto nacional una vez declarada por el TS y por el TJUE su disconformidad con el Derecho de la Unión, sino que modificó la normativa y la Inspección de los Tributos y los Tribunales Económico Administrativos variaron su criterio.

f) En definitiva, no existía en España un debate jurídico sobre esta cuestión.

Debe tenerse en cuenta la relevancia de todas estas circunstancias, porque la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2013 (que recoge la doctrina de la anterior sentencia de 5 de marzo de 1996 , asuntos acumulados c-46/93 y c-48/93), establece cuáles son los criterios que deben manejarse para decidir si una infracción del Derecho de la Unión es o no "*suficientemente caracterizada*" y lo establece como "*numerus apertus*". Pero, en todo caso, entre ellos está "el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de derecho", y a ese error pudo coadyuvar el que los Tribunales españoles (antes de que en el año 2010 el Tribunal Supremo decidiera que la norma nacional era contraria al Derecho europeo) hubieran manejado y aplicado esa norma española sin plantearse su posible disconformidad con el Derecho de la Unión, siendo así que los Jueces y Tribunales españoles conocen su Derecho y el Derecho Europeo.

Por ello, concluye la Sala (Sección Cuarta) que no puede decirse que la infracción sea "*suficientemente caracterizada*", lo que condujo a la desestimación del recurso.

II) Sentencias de contraste.

Las sentencias de contraste llegan a la conclusión de que la infracción del Derecho Comunitario sí constituye una infracción "*suficientemente caracterizada*", por la concurrencia de estas dos circunstancias:

1ª) Porque el Reino de España en el pleito que se siguió en el TJUE y que terminó con la sentencia de fecha 6 de octubre de 2005 (asunto c-204/03), en que se declaró que el Estado español había incumplido las obligaciones que le incumbían según los artículos 17, apartados 2 y 5 y 19 de la Sexta Directiva, defendió la norma española pretendiendo que "la interpretación que propone (el Reino de España) del artículo 19 de la Sexta Directiva es más adecuada para garantizar el equilibrio en materia de competencia y, por tanto, el cumplimiento del principio de neutralidad del IVA", (argumento que el TJUE rechaza con contundencia en el párrafo 28), lo cual demuestra la voluntariedad e intencionalidad del Estado español en mantener una norma que infringía el Derecho de la Unión, sobre cuya infracción el propio TJUE dijo no existir "incertidumbre objetiva e importante" (párrafo 30).

2ª.- Existían precedentes del propio TJUE sobre el alcance de las limitaciones del derecho de deducción en sentido radicalmente distinto al sostenido por el Estado español, y que los poderes públicos nacionales tenían el deber de conocer. (Así, sentencia TJUE de 21 de septiembre de 1988, Comisión/Francia 50/87 y sentencia de 8 de noviembre de 2001, Comisión /Países Bajos, c-338/98).

SÉPTIMO.- En conclusión, en la medida en que para llegar a conclusiones diferentes sobre si la infracción del Derecho europeo es o no "*suficientemente caracterizada*", la Sección Cuarta y la Sección Sexta tuvieron en cuenta circunstancias distintas, (según acabamos de ver) no puede decirse que se cumpla el requisito de que las sentencias tengan "fundamentos sustancialmente iguales" (artículo 96.1 de la LJ) y por ello procede declarar no haber lugar al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina nº 2131/2015.

OCTAVO.- Al declararse no haber lugar al recurso procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/98), si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el número 3 de dicho artículo, limita a 1.000#00 € la cantidad que por todos los conceptos de costas puede reclamar la parte recurrida, más IVA, en su caso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Que declaramos no haber lugar al presente recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2131/2015 interpuesto por la Procuradora Sra. Cano Lantero, en nombre y representación de la mercantil "Berdai XII, S.A." contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de esta Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2015 y en su recurso nº 42/2013 .



2º. - Y condenamos a la parte recurrente en las costas de casación, en la forma dicha en el último fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Carlos Lesmes Serrano Jorge Rodriguez-Zapata Perez Pedro Jose Yague Gil

Jose Manuel Sieira Miguez Francisco Jose Navarro Sanchis

Angel Ramon Arozamena Laso Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ