



Roj: **STSJ GAL 2250/2013 - ECLI:ES:TSJGAL:2013:2250**

Id Cendoj: **15030330042013100202**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **20/03/2013**

Nº de Recurso: **15388/2011**

Nº de Resolución: **203/2013**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA DOLORES RIVERA FRADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00203/2013

- N11600

N.I.G: 15030 33 3 2011 0012668

Procedimiento : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0015388 /2011 /

Sobre: ADMINISTRACION TRIBUTARIA Y FINANCIERA

De D./ña. Marco Antonio

LETRADO LAURA RIVAS CAO

PROCURADOR D./D^a. RICARDO SANZO FERREIRO

Contra D./D^a. TRIBUNAL ECONOMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE GALICIA

LETRADO ABOGADO DEL ESTADO

PROCURADOR D./D^a.

PONENTE: D^a MARIA DOLORES RIVERA FRADE

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

JOSE MARIA GOMEZ Y DIAZ CASTROVERDE

JUAN SELLES FERREIRO

FERNANDO FERNANDEZ LEICEAGA

MARIA DOLORES RIVERA FRADE

A CORUÑA, veinte de marzo de dos mil trece.

En el recurso contencioso-administrativo que, con el número 15388/2011 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por Marco Antonio , representado por el procurador D. RICARDO SANZO FERREIRO, dirigido por la letrada D.^a LAURA RIVAS CAO, contra ACUERDO DE 15/02/11 QUE DESESTIMA RECLAMACION CONTRA OTROS DE LA DEPENDENCIA DE GESTION TRIBUTARIA DE LA A.E.A.T. DE A CORUÑA, POR LIQUIDACION EN CONCEPTO DE IVA, EJERCICIO 2007/2008. RECLAMACION 15/3500/2010 Y ACUMULADA 15/3501/2010.



Es parte la Administración demandada el TRIBUNAL ECONOMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE GALICIA, representado por el ABOGADO DEL ESTADO.

Es ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA DOLORES RIVERA FRADE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en síntesis, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución impugnada en este procedimiento.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en la contestación de la demanda.

TERCERO.- Habiéndose recibido el asunto a prueba y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo de 4.108,23 euros.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Don Marco Antonio interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia de fecha 15 de febrero de 2011 que desestima las reclamaciones económico-administrativas promovidas contra acuerdos de la Dependencia de Gestión Tributaria de la AEAT de A Coruña practicando liquidación por el concepto Impuesto sobre el Valor Añadido ejercicios 2007 y 2008.

Como ya se indica en el acuerdo del TEAR, las regularizaciones efectuadas derivan de la no admisión de la totalidad de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido soportadas por gastos de reparación, carburante y autopista del turismo utilizado para los desplazamientos de la actividad desarrollada por el actor, así como en la adquisición de un vehículo marca Mercedes; que el obligado tributario deduce el 100 % pero, aunque sí ha probado la utilización del vehículo en la actividad, lo que no se acredita es su utilización exclusiva en la misma, por lo que procede aplicar la presunción legal establecida en el artículo 95.Tres de la ley 37/1992, del IVA , admitiendo un porcentaje de afectación al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50 %.

Frente a estas consideraciones, que son las que en síntesis han servido también a la Abogada del Estado como argumentos de oposición a la pretensión ejercitada, insiste el actor en su escrito de demanda en que tiene dos coches, uno para la vida laboral y otro para el personal. El de la vida laboral, Mercedes 2738 FZK, aparece rotulado con los logotipos de la empresa, y además "por el trabajo que desempeña sería un riesgo emplear el mismo coche para todo pues recordemos que trabaja para hospitales reparando maquinaria con el riesgo de las infecciones que puede conllevar". Alega en definitiva que el vehículo antes identificado tiene una afectación a la actividad del 100 %, y que por tanto deben admitirse las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido soportadas por su adquisición, y por los gastos de reparación, carburante y autopista de aquel turismo.

Se muestra igualmente disconforme con el contenido del expediente administrativo remitido por la Administración demandada, alegando que resulta incompleto.

Respecto de esto último es el propio recurrente el que admite haber aportado documentación que a su juicio debería obrar unida al expediente administrativo, por lo que la irregularidad que pudiera representar la remisión por parte de la Administración de un expediente incompleto, de cara a resolver por este Tribunal la cuestión sometida a debate, ninguna indefensión le ha causado. Además, una vez que solicitó en el curso de este procedimiento judicial que se completase el expediente administrativo al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 de la LJCA , lo ha hecho interesando la incorporación de determinados documentos, relacionados en el escrito presentado a tal efecto, que recibió respuesta de la Administración enviando el completo del expediente. Es por ello por lo que no puede ahora el actor denunciar indefensión en su escrito de demanda bajo la genérica alegación de que aun así el expediente administrativo está incompleto, y que "hay documentos que aparecen numerados en el expediente y que esta parte no ha tenido acceso como el trámite de audiencia, es más que incluso no aparecen firmados ni por el Sr. Marco Antonio ni por su representante", sin mayor



concreción, y sin especificar qué documentos echa en falta del expediente administrativo, y qué incidencia ha/n podido tener en la solución del conflicto que se trae a debate en esta litis.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la cuestión de fondo planteada, lo que sí debe admitirse, como también lo ha hecho el órgano de gestión tributaria, primero, y el TEAR después al resolver las reclamaciones económico-administrativas promovidas por el Sr. Marco Antonio , es que el recurrente ejerce la actividad de "otras reparaciones ncop", estando matriculado en el epígrafe 669 de la sección primera del Impuesto sobre actividades económicas durante los periodos objeto de comprobación.

En particular realiza las reparaciones y mantenimiento preventivo sobre equipos médicos electrónicos que la compañía "Hospira productos farmacéuticos y hospitalarios, S.L." tiene instalados en centros sanitarios (Hospitales, clínicas, etc...), debiendo desplazarse para ello a distintos centros y hospitales repartidos en toda la geografía autonómica. Así se hace constar en la certificación expedida por la empresa Sertecman, sobre los servicios que presta el actor como técnico de campo (documento número 4 de los acompañados con la demanda).

Ahora bien, en el artículo 95 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido , en la redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se recogen las limitaciones del derecho a deducir, disponiendo a tal efecto el indicado precepto lo siguiente:

"1. Los empresarios o profesionales no podrán deducir las cuotas soportadas o satisfechas por las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios que no se afecten, directa y exclusivamente, a su actividad empresarial o profesional.

2. No se entenderán afectos directa y exclusivamente a la actividad empresarial o profesional, entre otros:

1. Los bienes que se destinen habitualmente a dicha actividad y a otras de naturaleza no empresarial ni profesional por periodos de tiempo alternativos.

2. Los bienes o servicios que se utilicen simultáneamente para actividades empresariales o profesionales y para necesidades privadas.

3. Los bienes o derechos que no figuren en la contabilidad o registros oficiales de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo.

4. Los bienes y derechos adquiridos por el sujeto pasivo que no se integren en su patrimonio empresarial o profesional.

5. Los bienes destinados a ser utilizados en la satisfacción de necesidades personales o particulares de los empresarios o profesionales, de sus familiares o del personal dependiente de los mismos, con excepción de los destinados al alojamiento gratuito en los locales o instalaciones de la empresa del personal encargado de la vigilancia y seguridad de los mismos, y a los servicios económicos y socio-culturales del personal al servicio de la actividad.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las cuotas soportadas por la adquisición, importación, arrendamiento o cesión de uso por otro título de los bienes de inversión que se empleen en todo o en parte en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional podrán deducirse de acuerdo con las siguientes reglas:

(...) 2. Cuando se trate de vehículos automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores y motocicletas, se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50 %. A estos efectos, se considerarán automóviles de turismo, remolques, ciclomotores y motocicletas los definidos como tales en el anexo del Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, así como los definidos como vehículos mixtos en dicho anexo y, en todo caso, los denominados vehículos todo terreno o tipo *jeep* .No obstante lo dispuesto en esta regla 2), los vehículos que se relacionan a continuación se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 100 %:

a. Los vehículos mixtos utilizados en el transporte de mercancías.

b. Los utilizados en la prestación de servicios de transporte de viajeros mediante contraprestación.

c. Los utilizados en la prestación de servicios de enseñanza de conductores o pilotos mediante contraprestación.

d. Los utilizados por sus fabricantes en la realización de pruebas, ensayos, demostraciones o en la promoción de ventas.

e. Los utilizados en los desplazamientos profesionales de los representantes o agentes comerciales.



f. Los utilizados en servicios de vigilancia" (...).

Añade el citado precepto que "El grado de utilización en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional deberá acreditarse por el sujeto pasivo por cualquier medio de prueba admitido en derecho. No será medio de prueba suficiente la declaración-liquidación presentada por el sujeto pasivo ni la contabilización o inclusión de los correspondientes bienes de inversión en los registros oficiales de la actividad empresarial o profesional"; y en el apartado 4, que "Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación a las cuotas soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de los siguientes bienes y servicios directamente relacionados con los bienes a que se refiere dicho apartado:

1. Accesorios y piezas de recambio para los mencionados bienes.
2. Combustibles, carburantes, lubricantes y productos energéticos necesarios para su funcionamiento.
3. Servicios de aparcamiento y utilización de vías de peaje.

Rehabilitación, renovación y reparación de los mismos".

TERCERO.- Vemos entonces como el artículo 95.Tres, regla segunda, de la Ley 37/1992 recoge una presunción legal de que los vehículos automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores y motocicletas, se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50 %.

Ello no obstante, como ha sostenido esta Sala en la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2011 , recaída en el procedimiento ordinario número 16919/2009, la presunción de afectación a la actividad empresarial de vehículos automóviles en la proporción del cincuenta por cien (que es la excepción antes reseñada en relación con el artículo 95.Uno LIVA) es susceptible de prueba en contrario si se consigue acreditar que tal afectación es superior, aspecto que es negado tanto en sede de gestión como por el Acuerdo recurrido. A tal efecto, parece claro que la cuestión esencial consiste en poner de relieve la directa y exclusiva utilización de los vehículos en el desarrollo de la actividad empresarial, para lo que no cabe olvidar que es preciso destruir previamente una presunción establecida por el legislador. De este modo, no es la Administración quien debe probar el uso privado o ajeno a la actividad empresarial del vehículo más allá del porcentaje que se presume afecto a la misma, sino que es el propio contribuyente quien debe poner de manifiesto inequívocamente tal circunstancia (artículo 105.1 L.G.T .).

El actor en su escrito de conclusiones somete a consideración de esta Sala la necesidad de tener en cuenta la primacía del derecho comunitario en tanto en cuanto la presunción del artículo 95 de la Ley 37/1992 se opone a lo dispuesto en la sexta Directiva de 17 de mayo de 1977 , en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, como así se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su sentencia 359/2010, de 14 de abril .

En esta sentencia, la Tribunal Superior de Justicia de Valencia, partiendo de que en el procedimiento en el que recayó esta resolución judicial quedó probado que el turismo litigioso se encontraba, en mayor o menor grado, afecto a la actividad profesional del recurrente, analiza a continuación al alcance de los pronunciamientos que se contienen en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 1991 (caso Lennartz, asunto C/97/90). En esta sentencia, el entonces TJCE, a propósito de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán, estableció en el punto 35 que " *Procede responder al órgano jurisdiccional que un sujeto pasivo que utiliza los bienes para las necesidades de una actividad económica tiene derecho, en el momento de la adquisición de los bienes, a deducir el impuesto soportado de conformidad con las reglas previstas en el art. 17, por reducido que sea el porcentaje de utilización para fines profesionales. Una regla o una práctica administrativa que imponga una restricción general del derecho a deducir en caso de uso profesional limitado, pero sin embargo efectivo, constituye una derogación del art. 17 de la Sexta Directiva y...* ".

Razona el TSJ de Valencia que " *Sin pretensión de realizar un abordaje de mayor profundidad en la doctrina general de Derecho comunitario, sí debe precisarse a los efectos que ahora interesan en relación con la susceptibilidad de producción de efecto directo de las Directivas que, a pesar de una inicial jurisprudencia comunitaria vacilante, hoy día -y desde hace ya bastantes años- puede darse una respuesta afirmativa a tal cuestión, en base al denominado efecto útil, si bien de la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario (véanse los casos Van Duyr, Enka, René, etc), resulta que ello requiere la concurrencia de dos requisitos: 1) el incumplimiento en cuanto al desarrollo de la Directiva por el Estado miembro, y 2) que la directiva sea clara, precisa e incondicional. Y no sólo eso, sino que ya desde la Sentencia de 1.2.1977 se viene reconociendo la competencia del Juez nacional para comprobar la conformidad de las normas internas de desarrollo con la Directiva ("El justiciable puede invocar una Directiva ante la jurisdicción nacional con objeto de hacer verificar por ésta si las autoridades competentes, en el ejercicio de la facultad que se les reconoce en lo referente a la forma y a los medios para la puesta en práctica de la Directiva, han permanecido dentro de los límites de apreciación trazados por la Directiva"). Asimismo, la Sentencia antes mencionada del caso René recuerda que "El*



efecto directo de la Directiva implica que una autoridad nacional no puede oponer a un particular una disposición legislativa o administrativa nacional que no sea conforme a una directiva, siempre que ésta tenga todas las características que permitan su invocación ante el Juez".

Pues bien, sentado todo lo anterior, no procede sino concluir que -en el caso de autos- concurren todos los requisitos para la directa aplicación de la Directiva de que se trata, tal y como la misma ha sido entendida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Así, en primer término, puede afirmarse que se ha incumplido por el Estado español el desarrollo de la Sexta Directiva, desde el momento en que las normas internas de desarrollo de la misma (Ley 30/1985 -que fue el inicial texto legal que procedió a adaptar la Sexta Directiva al Ordenamiento jurídico español-, posteriormente el Real Decreto 2028/1985 y, por lo que hace a la normativa de aplicación a nuestro supuesto, la Ley 37/1992) han impuesto -en palabras del T.J. C.E.- "una restricción general del derecho a deducir en el caso de uso profesional limitado", lo que "constituye una derogación del art. 17 de la Sexta Directiva". En relación con el entendimiento de que el incumplimiento de desarrollo de la Directiva puede venir constituido no sólo por lo que es la propia ausencia de "transposición" o adaptación interna, sino también las insuficiencias o deficiencias en tal adaptación, pueden citarse las Sentencias del T.J. C.E. de 5.4.1979 (Rati, 148/1978), 12.1.1982 (Becker, 8/1981), de 23.1.1994 (Comitato di Coordinamento per la difesa della Cava, C-236/1992) o -como más reciente- la de fecha 5.2.2004 (que cita, a su vez, las de los casos Francovich y otros y la de Marks & Spencer), así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 16.7.1996.

En segundo lugar, también podemos afirmar que se cumple el segundo de los requisitos más arriba reseñados, ya que el debate sobre la claridad, precisión e incondicionalidad de la Directiva queda sin sentido tras la susodicha sentencia del T.J.C.E., pues -cuando menos- a partir de la misma han de entenderse perfectamente precisados los términos de la Directiva en lo que hace al concreto respecto que ahora nos ocupa.

Finalmente, nos encontramos ante una relación vertical (Estado-administrado), que, a diferencia de lo que sucedería en una relación horizontal (particulares entre sí), es precisamente el ámbito donde encuentra perfecta virtualidad el efecto directo de las Directivas, tal y como ya se ha visto al comentar la sentencia del caso René, pudiendo también citarse en este mismo sentido la Sentencia del T.J. C.E. de fecha 12.7.1990 (Foster y otros/ British Gas plc, Asunto C-188/89) y -como más reciente- la de fecha 5.2.2004 (que cita, a su vez, las de los casos Francovich y otros y la de Marks & Spencer), así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 16.7.1996.

Y añade que " En otro orden de cosas, procede efectuar las dos consideraciones adicionales siguientes:

La primera que, en el supuesto de autos, nos encontramos ante la aplicabilidad o no de la Ley 37/1992, y no de la Ley 30/1985; de manera que, en el momento de dictarse la Ley 37/1992, ya había quedado agotado el plazo de cuatro años previsto en el apartado 6 del art. 17 de la Sexta Directiva dentro del cuál los Estados miembros podían mantener exclusiones de su legislación nacional frente a la aplicación de la Directiva.

Y la segunda que, aún cuando en el presente caso nos encontramos ante una norma con rango de Ley - art. 95 de la Ley 30/1992 - (lo que se va a expresar en relación con lo que establece el art. 1 LJ), resulta legítimo, y hasta obligado para el Juez nacional (en este caso este tribunal), la aplicación de la norma comunitaria en vez de la norma nacional contradictoria; ello en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario.

En efecto, la aplicación directa del precepto señalado de la Directiva, a pesar de lo dispuesto en la normativa tributaria interna, es consecuencia de la primacía comunitaria. Como afirma el Pleno del Tribunal Constitucional en su Declaración núm. 1/2004 de 13 diciembre, fundamento jurídico 3o, "[p]rimacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, F. 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación".

La aplicación de la norma comunitaria frente a una norma interna válida pero contradictoria, incluso de carácter legal, resulta obligatoria en virtud de la primacía comunitaria, sin que resulte necesario en dicho caso el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978. Según este Tribunal, "el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia,



las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando inaplicada si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional" (párrafo 24). Recalcando, incluso, que el juez nacional tiene la obligación de asegurar la protección de los derechos conferidos por las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario sin que tenga que pedir o esperar la eliminación efectiva, por los órganos nacionales habilitados a este efecto, de eventuales medidas nacionales que obstaculizaran la aplicación directa e inmediata de las reglas comunitarias (párrafo 26).

Este principio normativo ha sido asumido y reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero , fj6, y posteriormente en otras, como la 64/1991, de 22 de marzo , f.j.4; la 130/1995, de 11 de septiembre , fj.4, la 120/1998, de 15 de junio, fj4 ; o la Sentencia 58/2004, de 19 de abril , fj10.

La aplicación directa del ordenamiento comunitario frente al Derecho interno no exige pues, en todos los casos, el planteamiento de una cuestión prejudicial interpretativa del derecho comunitario. Como dispone el Tratado de la Comunidad Europea -artículo 234-, la obligación de plantear cuestión prejudicial afecta únicamente a aquellos órganos judiciales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

Pero aún en los casos en que la cuestión interpretativa de Derecho comunitario se plantee ante un órgano judicial cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial, el órgano judicial interno queda eximido de dicha obligación cuando no exista duda razonable sobre la interpretación del texto comunitario aplicable al litigio.

Conforme a esta doctrina, denominada del acto claro, no resulta necesario plantear cuestión prejudicial cuando la solución correcta del Derecho comunitario resulte tan evidente que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada.

Tampoco existe obligación de plantear cuestión prejudicial cuando la cuestión interpretativa, aún planteando problemas, haya sido ya aclarada por el TJCE, en virtud de la doctrina del acto aclarado formulada en la sentencia CILFIT de 6 de octubre de 1982 , que es cabalmente lo que acontece en el caso de autos con la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 11.7.1991 (caso Lennartz, asunto C/97/90), comentada en el precedente fundamento jurídico.

Consecuentemente con todo lo anterior, y sin necesidad siquiera de tener que proceder a determinar si la afección de los turismos a la actividad empresarial de la actora es o no exclusiva (ya hemos visto que es suficiente con que sea efectiva, aunque lo fuere de manera parcial o limitada), habrá de concluirse con la estimación del recurso; sin que, por lo demás, se aprecien méritos que determinen, ex art. 139.1 LJ , un especial pronunciamiento sobre las costas causadas " .

CUARTO.- La doctrina que se recoge en la sentencia 359/2010, de 14 de abril del TSJ de Valencia se mantuvo en sentencias posteriores, citando entre las más recientes las dictadas por el mismo Tribunal los días 2 y 18 de octubre de 2012 en los procedimientos ordinarios 136/2009 y 658/2009 .

Sin embargo no es este el criterio que siguen otros Tribunales, que aun sin poner en entredicho la primacía del derecho comunitario concluyen que no existe contradicción entre la norma aplicada por la Administración tributaria (artículo 95 de la Ley 37/92) y la Sexta Directiva 77/388/CEE .

El artículo 17 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977 , en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios -Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme, se refiere al nacimiento y alcance del derecho a deducir, estableciendo en su apartado segundo que "En la medida en que los bienes y servicios se utilicen para las necesidades de sus propias operaciones gravadas, el sujeto pasivo estará autorizado para deducir de las cuotas impositivas por él devengadas: a) las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido, devengadas o ingresadas, por los bienes que le sean o le hayan de ser entregados y por los servicios que le sean o le hayan de ser prestados por otro sujeto pasivo".

El apartado 6 establece que "Antes de cuatro años, contados a partir de la fecha de la entrada en vigor de la presente Directiva, el Consejo determinará, a propuesta de la Comisión y por unanimidad, los gastos que no conlleven el derecho a la deducción de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido. Del derecho de deducción se excluirán en todo caso los gastos que no tengan un carácter estrictamente profesional, tales como los de lujo, recreo o representación. Hasta la entrada en vigor de las normas del apartado anterior, los Estados miembros podrán mantener todas las exclusiones previstas por su legislación nacional en el momento de la entrada en vigor de la presente Directiva".



Y el siguiente apartado dispone que "Sin perjuicio de la reserva prevista en el artículo 29, cada Estado miembro estará facultado, por razones coyunturales, para excluir total o parcialmente del régimen de deducciones algunos o todos los bienes de inversión u otros bienes (...)".

Por su parte, el artículo 168 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, tiene un comienzo idéntico al del artículo 17 de la Sexta Directiva 77/388/CEE que "En la medida en que los bienes y los servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas, el sujeto pasivo tendrá derecho, en el Estado miembro en el que realice estas operaciones, a deducir del importe del impuesto del que es deudor los siguientes importes:

- a) el IVA devengado o pagado en dicho Estado miembro por los bienes que le hayan sido o le vayan a ser entregados y por los servicios que le hayan sido o le vayan a ser prestados por otro sujeto pasivo;
- b) el IVA devengado por operaciones asimiladas a entregas de bienes y a prestaciones de servicios conforme a la letra a) del artículo 18 y al artículo 27;
- c) el IVA devengado por las adquisiciones intracomunitarias de bienes conforme al inciso i) de la letra b) del apartado 1 del artículo 2;
- d) el IVA devengado por las operaciones asimiladas a adquisiciones intracomunitarias conforme a los artículos 21 y 22;
- e) el IVA devengado o pagado por los bienes importados en dicho Estado miembro".

La procedencia de las restricciones del derecho a deducir, como son las contempladas en el artículo 95 de la vigente Ley reguladora del IVA, y las que se contemplaban en el artículo 33.1 de la Ley 30/1985, y su posible compatibilidad con la Sexta Directiva ya ha sido analizada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de junio de 2004 (Recurso número 8110/1999).

Razonaba el Tribunal Supremo en esta sentencia lo siguiente:

" La cuestión esencial que en este recurso se plantea es la de si, a la vista de lo establecido en el art. 33.1.1 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, del IVA, aquí aplicable, podían considerarse deducibles las cuotas soportadas en concepto de IVA por la entidad recurrente en las operaciones de adquisición y mantenimiento de vehículos afectados a la realización de la actividad empresarial. Se trata, en definitiva, de la procedencia de las restricciones del derecho a deducir contempladas en el art. 33.1.1 de la Ley 30/1985, en el caso que se cuestiona, por efecto de lo dispuesto en la Sexta Directiva, 77/388/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 17 de mayo de 1977, sobre armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de impuestos sobre el volumen de negocios.

(...) Ante todo, conviene recordar como ha dicho esta Sala en sus sentencias de 26 de noviembre de 1990, 5 de junio y 8 de octubre de 1992 que, sin perjuicio de casos excepcionales, el art. 189 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y el art. 161 del Tratado de la Comunidad Económica Europea de la Energía Atómica disponen que <<La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios>>; a diferencia de lo que sucede con los reglamentos, de los que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dicho (Asunto 39/1972) que <<Según los términos de los arts. 189 y 191 del Tratado, los Reglamentos son, en cuanto tales, directamente aplicables en todos los Estados miembros y entran en vigor por su sola publicación en el Diario Oficial de las Comunidades desde la fecha que ellos fijan o, en su ausencia, desde la fecha prevista en el Tratado>>.

Pues bien, como es de ver en la mayoría de los puntos de la larga y significativa Exposición de Motivos de la Ley 30/1985, reguladora del IVA, tal Sexta Directiva y otras normas comunitarias fueron, precisamente, el origen y la inspiración de aquella Ley, de manera que, en ningún caso, puede decirse que el Estado Español volviera la espalda a tales normas -Directivas- que a él obligaban en los términos antes vistos. Siendo así, la primera cuestión que se plantea es la relativa a si, pese a la definición del art. 189 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, puede reconocerse a la Directiva un efecto directo, como pretende el recurrente. Aunque es cierto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha admitido desde la Sentencia Van Duyn (Asunto 41/1974) algunas hipótesis de efecto directo, ello es en los casos donde el Estado miembro no haya introducido en su legislación el resultado pretendido por la Directiva. Así, la Sentencia Ratti (Asunto 148/1978) dice que: <<Por lo tanto, un Estado miembro que no haya adoptado las medidas de aplicación exigidas por la Directiva en el plazo fijado, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva exige; de lo que se deduce que una jurisdicción nacional ante la que un justiciable que se ha ajustado a las disposiciones de una Directiva presenta un recurso dirigido a la declaración de no aplicación de una disposición interna incompatible con tal Directiva no introducida en el orden jurídico nacional de un Estado en un incumplimiento de la Directiva,



debe acceder a esta demanda si la obligación en cuestión es incondicional y suficientemente precisa>>. Mas no es éste el caso, pues, como quedó visto, el Estado Español ha dado entrada a la Sexta Directiva en la Ley Reguladora del IVA, 30/1985, cumpliendo, con mejor o peor fortuna, el encargo comunitario de regular por vía legislativa, como exige nuestra Constitución, el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En efecto, la Ley 30/1985, como ha tenido ya ocasión de decir esta Sala en su sentencia de 17 de febrero de 2001, respondió a las exigencias del ingreso de España en las Comunidades Europeas en virtud del Tratado de 12 de junio de 1985, cuya ratificación autorizó una Ley Orgánica de 2 de agosto del mismo año, y cierto, también, que sus efectos en materia del Impuesto aquí analizado, se desplegaron a partir del 1 de enero de 1986 sin más excepciones que la posibilidad de concesión de exenciones a las pequeñas empresas en determinados supuestos a que hacía referencia el art. 24 del Acta de Adhesión, y la Exposición de Motivos de la referida Ley, - apartado XII -, a propósito del régimen de "deducciones", afirmó seguir las normas y el espíritu de la Sexta Directiva Comunitaria, así como seguir igualmente los criterios orientadores de las exclusiones y restricciones del derecho a deducir que se contenían "en las Propuestas de Directiva Duodécima y Decimotercera, que [sintetizaban] la experiencia del régimen vigente en los países comunitarios". Pero no es menos cierto que, aun cuando esa Propuesta de Directiva Duodécima preconizaba la deducción de los gastos que nos ocupan, nunca fue incorporado este texto al de la Directiva que pretendía desarrollar ni constituyó un mandato imperativo para los Estados miembros de la Comunidad Europea. Es decir, quedó en una mera propuesta carente de fuerza de obligar. Si a ello se añade que, en lo que a nuestro asunto respecta, si bien la Sexta Directiva sentaba, en su art. 17.2, el principio general de que en la medida en que los bienes y servicios se utilizaran para las necesidades de sus propias operaciones gravadas, el sujeto pasivo estaría autorizado para deducir de las cuotas impositivas por él devengadas las cuotas del IVA devengadas o ingresadas por los... servicios que le sean o le hayan de ser prestados por otro sujeto pasivo (principio reproducido en el art. 30 de la Ley 30/1985), dispuso en el apartado 6 del propio art. 17 que, antes de cuatro años, contados a partir de la fecha de la entrada en vigor de la citada Directiva, el Consejo determinaría, a propuesta de la Comisión y por unanimidad, los gastos que no conllevarían el derecho a la deducción de las cuotas del IVA. Hasta la entrada en vigor de esas determinaciones, los Estados miembros podrían mantener todas las exclusiones previstas por su legislación nacional en el momento de la entrada en vigor de la Sexta Directiva. Habrá, pues, que llegar a la conclusión de que el cuestionado art. 33.1.1 de la Ley 30/1985 no infringía la Directiva de referencia y que el precepto citado debía ser aplicado".

Y en cuanto al efecto directo de la Sexta Directiva, añade el Tribunal Supremo lo siguiente:

" Y es que, no obstante el texto literal del art. 189, párrafo 3o, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea -Comunidad Europea después de Maastricht y actual art. 249 de la versión consolidada de Amsterdam -, para que una Directiva Comunitaria no adecuadamente transpuesta al Derecho interno - como se dice de la Sexta Directiva por la recurrente- pueda tener la consideración de Derecho directamente aplicable y susceptible de ser hecho valer por los particulares frente al Estado y ante sus propios Tribunales - efecto directo vertical-, es preciso que se trate de preceptos de la misma que sean claros, precisos y no dejen margen de apreciación discrecional, bien porque el efecto útil de las referidas normas se vería disminuido si los ciudadanos no pudieran invocar las Directivas en procesos seguidos en su propio Estado y sus propios Tribunales no tuvieran obligación de aplicarlas - Sentencias de 1 de Febrero y 23 de Noviembre de 1977, asuntos UNO y ENKA, respectivamente-, bien porque los Estados no pueden oponer a los particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que las Directivas les imponen - Sentencias de 5 de Abril de 1979, asunto Ratti, y 19 de Enero de 1982, asunto Becker -. Sólo entonces los Jueces nacionales vienen obligados a dar prevalencia a las disposiciones de la Directiva sobre la legislación nacional que la contradiga - Sentencias de 26 de Febrero de 1986, caso Marschall, y 20 de Septiembre de 1988, caso Moormann -.

En el supuesto de autos, ya se ha visto que el art. 17 de la Directiva 77/388, después de sentar un principio general de deducibilidad de las cuotas soportadas por el sujeto pasivo cuando lo fueran por prestación de servicios relacionados con las operaciones sujetas -similar, en lo esencial, al principio general igualmente sentado por los arts. 32 y 92.2 de las Leyes del IVA de 1985 y de 1992 -, establecía una obligación para el Consejo Europeo de concretar "los gastos que no [conllevarían] el derecho a la deducción" de las tan repetidas cuotas. Con eso, se estaba significando que el tema de la deducibilidad no era un tema cerrado, máxime cuando, además, los Estados miembros (podían) mantener las exclusiones que tuvieran reconocidas en su legislación nacional en el momento de entrada en vigor de la Directiva. Esta posibilidad no puede ser interpretada, como la parte recurrente pretende, en el sentido de que, como en general, los efectos de la incorporación española a las Comunidades Europeas se situaron en 1o de Enero de 1986 y esa era la misma fecha de entrada en vigor de la primera Ley del IVA -la Ley de 2 de Agosto de 1985 -, no podría decirse que la exclusión de deducibilidad que se disponía en su controvertido art. 33.1.1, estaba establecida al tiempo en que la Directiva de referencia comenzó a ser aplicable en España. Antes al contrario, el texto de la Directiva, en este punto, no habla de vigencia, sino de "previsiones" de exclusión en la legislación nacional, y "prevista" estaba la de que aquí se trata en la Ley del IVA de 1985 cuando, en 1o de Enero de 1996, la Sexta Directiva comenzó su vigencia en España.



De cuanto acaba de razonarse se desprende ya la imposibilidad de entender que la sentencia de instancia haya vulnerado el art. 33.1.1o de la Ley 30/1985 del IVA , porque ha interpretado la prohibición de deducción de "las cuotas soportadas como consecuencia de la adquisición, importación, arrendamiento, transformación, reparación, mantenimiento o utilización de automóviles de turismo y sus remolques, motocicletas, aeronaves o embarcaciones deportivas o de recreo, así como los accesorios, piezas de recambio, combustibles, carburantes y lubricantes con destino a dichos vehículos y los demás servicios referentes a los mismos" atendiendo, fundamentalmente, a su espíritu y finalidad y a la luz, también, de los objetivos y textos de las Directivas Comunitarias, como tiene declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea -vgr., Sentencias de 20 de mayo de 1976, caso Mazzalai ; de 10 de abril de 1984, caso Von Colson y Kamann y de 13 de noviembre de 1990, caso Marleasing -".

QUINTO.- Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2004 se refería a las restricciones al derecho a deducir contempladas en el artículo 33.1 de la Ley 30/1985, el razonamiento que soporta la decisión desestimatoria del recurso sirve para rechazar la no conformidad del artículo 95.Tres, regla segunda de la Ley 37/1992 , con la Sexta Directiva. Así lo han entendido también otros Tribunales, como el TSJ Cantabria en sentencia de 14 de septiembre de 2012 , o el TSJ Castilla-León (Sala de Burgos) en sentencia de 24 de febrero de 2012 , o el TSJ de Extremadura en su sentencia de 19 de julio de 2012 (Recurso n. 1099/2010).

Y es que la Ley 37/1992, lo que hace es incorporar al Ordenamiento interno las modificaciones introducidas por la Directiva 91/680/CEE, reguladora del Régimen jurídico del tráfico intracomunitario, y la Directiva 92/77/CEE, de 19 de octubre, sobre la Armonización de los tipos impositivos; atendiendo asimismo a lo dispuesto en el Reglamento 92/218/CEE, de 27 de enero de 1992, relativo a la Cooperación que deben prestarse las Administraciones Tributarias.

En la exposición de motivos de la Ley 37/1992 el legislador ya se hace eco de los criterios del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de deducciones, introduciendo cambios en relación con las limitaciones del derecho a deducir "para recoger los criterios del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta materia, que ha reconocido recientemente el derecho a deducir en favor de los contribuyentes que utilicen parcialmente los bienes y servicios hoy excluidos en el desarrollo de sus actividades empresariales".

Con ello el legislador se está refiriendo a la sentencia del caso Lennartz. En esta sentencia el TJCE ha dado respuesta a un supuesto de hecho diferente al que es objeto de análisis en el presente caso, pues en aquel se trataba de un ciudadano alemán, asesor fiscal, que había adquirido inicialmente su automóvil tan sólo con fines privados, pasando posteriormente a utilizarlo para las necesidades de la empresa; y en el que las autoridades fiscales alemanas no tenían en cuenta la utilización de los bienes para las necesidades de la empresa cuando representase menos del 10 % de la utilización total, en vista de lo cual, el Finanzamt München III se negó a autorizar al Sr. Salvador la regularización posterior de la declaración de IVA.

El TJUE entendió en el apartado 28 de su sentencia que " Puesto que no existe ninguna norma que excluya el derecho a deducir cuando la utilización de los bienes para las necesidades de la actividad económica quede por debajo de un umbral determinado y teniendo en cuenta lo dispuesto expresamente en la letra e) del apartado 5 del artículo 17 y en el apartado 4 del artículo 18 de la Sexta Directiva, nada autoriza a interpretar que el artículo 17 incluya implícitamente esta norma ".

Y ya antes (apartado 26) se pronunció en el sentido de que " Para responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional, se debe poner de relieve, en primer lugar, que, con arreglo al artículo 6 de la Sexta Directiva, el uso de bienes afectados a una empresa para las necesidades privadas del sujeto pasivo o para fines ajenos a la empresa, cuando tales bienes hubieran originado el derecho a la deducción total o parcial del Impuesto sobre el Valor Añadido, se asimilará a las prestaciones de servicios a título oneroso. De lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 6, en relación con lo que dispone la letra c) del apartado 1 del punto A del artículo 11, se deduce que cuando un sujeto pasivo adquiere un bien que utiliza parcialmente con fines privados, se presume que realiza una prestación de servicios a título oneroso gravada sobre la base del total de los gastos hechos por el sujeto pasivo para la realización de la prestación de servicios. Por consiguiente, cuando un particular utilice un bien en parte para operaciones profesionales gravadas y en parte con fines privados y, en el momento de la adquisición del bien, haya deducido total o parcialmente el IVA soportado, se presume que utiliza el bien íntegramente para las necesidades de sus propias operaciones gravadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 17. En consecuencia, el referido particular dispone en principio del derecho a la deducción total e inmediata del IVA soportado correspondiente a la adquisición de los bienes ".

El contenido de este apartado permite concluir que no estaba en la idea del TJCE admitir incondicionalmente la deducción total e inmediata del IVA cuando se trata de bienes de utilización mixta. Y aunque proclama una presunción de utilización íntegra del bien para las necesidades de las operaciones gravadas, no se



entiende que la legislación española se aparte de las previsiones que se recogen en la Sexta Directiva (y en la Directiva 2006/112/CE: Ambas prevén el derecho a deducir "En la medida en que los bienes y los servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas") cuando en el artículo 95 de la Ley 37/1992, proclama la regla de deducibilidad de las cuotas soportadas por la adquisición, importación, arrendamiento o cesión de uso por otro título de los bienes de inversión que se empleen en todo o en parte en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional, si bien para el caso de vehículos automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores y motocicletas recoge una presunción de afectación del bien al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50 % salvo en el caso de determinados vehículos que concreta la norma, que se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 100 %.

Aunque la presunción de afectación del bien al desarrollo de la actividad empresarial o profesional se limita al 50 %, ello no impide que la deducción tenga lugar por la totalidad, si el interesado acredita una afectación superior, como ya hemos dicho en nuestra sentencia de 7 de noviembre de 2011 .

A lo hasta ahora expuesto se puede añadir que la deducción proporcional a la utilización de los bienes mixtos afectos a las actividades de la empresa, descartando una deducción total e incondicional, es la práctica que ya se recoge en la Directiva 2009/162/UE del Consejo, de 22 de diciembre de 2009, por la que se modifican diversas disposiciones de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

En su exposición de Motivos se dice, por lo que se refiere al derecho de deducción, que la norma básica establece que el derecho solo existe en la medida en que los bienes y servicios son utilizados por el sujeto pasivo a efectos de su actividad empresarial. Que esta norma debe clarificarse y reforzarse por lo que respecta a la entrega de bienes inmuebles y al gasto relacionado con ella para garantizar que los sujetos pasivos reciban un tratamiento idéntico en el caso de aquellos bienes inmuebles que, si bien están destinados a la actividad empresarial del sujeto pasivo, no se utilizan exclusivamente para fines relacionados con dicha actividad. Y que si bien los bienes inmuebles y los gastos relacionados con ellos constituyen los casos más significativos, en los que es conveniente aclarar y reforzar la norma, dado el valor y larga vida económica de esos bienes y el hecho de que su uso mixto es una práctica corriente, se da la misma situación, aunque de modo menos patente y uniforme, respecto de los bienes muebles de naturaleza duradera. De conformidad con el principio de subsidiariedad, esta Directiva considera conveniente dotar a los Estados miembros de los medios necesarios para tomar las mismas medidas, si resulta apropiado, en lo que respecta a ese tipo de bienes muebles cuando forman parte del activo de una empresa.

De tal manera introduce en la Directiva 2006/112/CE, un nuevo artículo 168 bis según el cual:

"1.- En el caso de un bien inmueble que forme parte del patrimonio de la empresa de un sujeto pasivo y utilizado por este tanto a efectos de las actividades de la empresa como para su uso privado o el de su personal o, de manera más general, con fines distintos de los de su empresa, *la deducción del IVA sobre los gastos relacionados con este patrimonio deberá efectuarse con arreglo a los principios establecidos en los artículos 167, 168, 169 y 173 de manera proporcional a su utilización a efectos de las actividades de la empresa* .

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, los cambios relativos al porcentaje de utilización de un bien inmueble a que se refiere el apartado 1 se tendrán en cuenta, en las condiciones previstas en los artículos 184 a 192, en los respectivos Estados miembros.

2. Los Estados miembros *podrán aplicar también el apartado 1 en relación con el IVA a los gastos relacionados con otros bienes que formen parte del patrimonio de la empresa* " .

SEXTO.- Pero es que además la solución que postula la parte actora implicaría la inaplicación de norma estatal, de la norma interna.

No se puede negar el valor que merece el derecho comunitario, como ha venido destacando el máximo intérprete de las normas del derecho comunitario (TJUE) desde la sentencia asunto Van Gend en Loos, sentencia 26/62, de 5 de febrero de 1963, según la cual la Comunidad (ahora Unión Europea) constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son no solo los Estados miembros sino también sus nacionales. Así, el derecho comunitario, autónomo respecto de la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también predestinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico.

Es más, el derecho comunitario permite al juez nacional inaplicar normas de derecho interno con rango de Ley que contradigan lo dispuesto en por el ordenamiento europeo, e incluso apartarse de la Jurisprudencia de un Tribunal superior.



Ahora bien, no se puede desconocer que conforme a la doctrina que se recoge en la STC 58/2004, de 19 de abril, cuando se trata de inaplicar una Ley interna el planteamiento de la cuestión prejudicial se debe convertir en una garantía comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva frente a las inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española en nombre de la primacía del derecho comunitario europeo. Añade el Tribunal Constitucional en esta sentencia que la inaplicación de una Ley interna por supuesta incompatibilidad con el derecho comunitario europeo, puede vulnerar el derecho al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) y el derecho a una sentencia que fundamente razonablemente la inaplicación de la ley española (artículo 245.1 CE); y ello se aprecia en especial cuando se funda la decisión a una sentencia del TJUE que versa sobre unos puntos distintos de aquellos otros en que reposa la decisión de inaplicar la ley española en la sentencia contra la que se pide el amparo.

El artículo 234 TCE establece que los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán la facultad de plantear la cuestión prejudicial de interpretación de validez ante el TJCE y esta facultad se convierte en obligación cuando el tribunal que tenga dudas se trate de un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno. No siempre el derecho comunitario invita al juez nacional a inaplicar las normas de derecho interno con rango de Ley sino que sólo podrá hacerlo cuando la respuesta al caso resulte evidente, esto es, cuando sea de aplicación la doctrina del acto claro conocida como doctrina CILFIT, que es la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresada en el asunto 283/81 CILFIT de 6 de octubre de 1982, citada de nuevo en el asunto 224/01 de 30 de septiembre de 2003, Köbler.

Y si bien el Tribunal Constitucional (Pleno), en la Sentencia núm. 78/2010 de 20 octubre, se ha pronunciado en el sentido de que la cuestión prejudicial del Derecho comunitario - artículos 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea y 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea- la obligación de plantearla desaparece -aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno-, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81), no se entiende, a la vista de lo expuesto en precedentes razonamientos jurídicos, que concurren los presupuestos fijados por el propio Derecho comunitario y por nuestro Tribunal Constitucional, pues ni la cuestión suscitada en este procedimiento es materialmente idéntica a la que ha sido objeto de la decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 1991 (caso Salvador, asunto C/97/90), ni la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión.

SEPTIMO.- Y ya por último, en cuanto a los argumentos en base a los cuales el recurrente pretende la deducción del 100% de los gastos relacionados con el vehículo que dice destinar en exclusiva a la actividad profesional a la que se dedica, y en base a los cuales solicita la deducción de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido soportadas por su adquisición, y por los gastos de reparación, carburante y autopista, tampoco pueden prosperar.

Tal como se hace constar en el documento de control de intervenciones de campo que obra unido al expediente administrativo, el actor al desarrollar las tareas propias del servicio técnico de los equipos incluidos en el programa de intervenciones en Campo, debe reparar los equipos que presentan alguna avería, y llevar a cabo una revisión anual sobre todos los equipos incluidos en el programa. Todas las operaciones (mantenimiento preventivo, reparaciones en campo y diagnosis) se realizan en el centro donde el equipos esté funcionando normalmente.

Ello demuestra la necesidad de que el personal que presta el servicio técnico de esta empresa cuente con un vehículo para desplazarse a los centros sanitarios en los que se presta ese servicio. Pero ello no significa que el vehículo en el que se efectúan esos desplazamientos se emplee en exclusiva para tal cometido. Para demostrar este extremo no es válido el argumento de que por el trabajo que desempeña el actor sería un riesgo emplear el mismo vehículo para la actividad profesional y privada, pues no consta que el personal del servicio técnico se vea obligado a retirar en su propio vehículo los equipos averiados. En el documento antes señalado se dice que cuando se trata de reparar los equipos que no cumplen con las especificaciones técnicas genéricas del producto, lo primero que hace el técnico es hacer una diagnosis del problema y si comprueba que no puede ser reparado, entonces será retirado inmediatamente del centro sanitario y devuelto al Servicio técnico de Madrid. Pero la retirada de los equipos no tiene porque hacerlas necesariamente el personal del servicio técnico, sino que también puede hacerlo el delegado comercial, e incluso en el caso de que sea retirado por el técnico debe de informar al delegado con la mayor rapidez.



En todo caso no consta que el actor haya tenido que retirar equipos cuya manipulación ofreciese peligro de contaminación.

Por lo demás y en cuanto a la alegación de que para las actividades de naturaleza no empresarial o profesional y concernientes a las actividades privadas utiliza un segundo vehículo matrículaGGG , nada ha demostrado. Con el escrito demanda se aportó como documento número diez, un certificado expedido por la jefa de servicio de asuntos administrativos de la JPT de A Coruña de fecha 14 de octubre de 2011, en el que se dice que el actor figura como titular del vehículo matrículaGGG . Pero no ha aportado en cambio el permiso de circulación a través del cual se pudiese comprobar el tipo de turismo de que se trata, ni otros documentos que viniesen a acreditar su uso privativo (facturas de reparación, parking, etc...). Ni siquiera este vehículo coincide con el identificado en la factura de mantenimiento expedida por "Mazda", en la que se identifica un turismo distinto: el vehículo matrícula U WMM (documento número 3 de los acompañados con la demanda).

Tampoco existe una coincidencia entre el importe de las facturas de carburante aportadas, y de gastos de peaje, con los viajes afectos a la actividad profesional que se reflejan en el cuadro de kilómetros recorridos en los años 2007 y 2008, pues haciendo el cálculo, por ejemplo de los kilómetros recorridos durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2007 al 28 de febrero de 2007 (semanas 6, 7, 8, 9 y 10 de ese año), y se suman los kilómetros recorridos en cada uno de los días que figuran en el cuadro de kilometraje, desde el día 1 de febrero (jueves), hasta el día 28 de febrero (miércoles), arrojan un total de 2445. Sin embargo en el documento de información de gestión Galp Flota correspondiente a esa mensualidad, figura un total de 3900 kilómetros recorridos.

O si se hace el cálculo para el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2007 (miércoles) al 31 de agosto (viernes), semanas 31 a 35 del año 2007, según el cuadro de kilometraje, resulta un total de 2475 kilómetros. Sin embargo en el documento de información de gestión Galp Flota correspondiente a esa mensualidad resultan 4100 kilómetros recorridos. O en el año 2008, para el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2008 (martes) al 31 de abril (miércoles), semanas 14 a 18 del año 2008, según el cuadro de kilometraje, resulta un total de 3595 kilómetros, y sin embargo en el documento de información de gestión Galp Flota correspondiente a esa mensualidad, resulta de 5050 kilómetros recorridos.

Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado.

OCTAVO.- Al no apreciarse temeridad o mala fe, no procede efectuar imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS.-

Que debemos **desestimar y desestimamos** parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don Marco Antonio contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia de fecha 15 de febrero de 2011 que desestima las reclamaciones económico-administrativas promovidas contra acuerdos de la Dependencia de Gestión Tributaria de la AEAT de A Coruña practicando liquidación por el concepto Impuesto sobre el Valor Añadido ejercicios 2007 y 2008. Sin efectuar pronunciamiento en orden a la imposición de costas procesales.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a MARIA DOLORES RIVERA FRADE al estar celebrando audiencia pública la Sección 004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veinte de marzo de dos mil trece.