



Roj: **ATS 4801/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4801A**

Id Cendoj: **28079130012017200928**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2017**

Nº de Recurso: **408/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2948/2016,**
ATS 4801/2017,
STS 262/2019

AUTO

En la Villa de Madrid, a 24 de mayo de 2017

HECHOS

PRIMERO.- 1. La procuradora doña María Teresa Pérez Ibarrodo, en representación de IKEA IBÉRICA, S.A., mediante escrito presentado el 14 de diciembre de 2016 preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2016 [fecha aclarada por auto de 2 de noviembre de 2016] por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso 361/2016.

2.1. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos:

(i) Los principios de libertad de establecimiento y libre circulación de capitales consagrados en los artículos 49 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE, Serie C, número 202, de 7 de junio de 2016, página 13) [«TFUE»], porque la Sala de instancia interpreta y aplica estos principios en contracción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [«TJUE»] y en un supuesto en el que constan planteadas dos cuestiones prejudiciales de interpretación por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

(ii) El artículo 107.1 TFUE, por constituir la exención del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales [«IGEC»], que contempla la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales (BOPA número 301, de 31 de diciembre de 2002; posteriormente redenominada como de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003) -desde el 1 de enero de 2015 sustituida por texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios, aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio (BOPA número 175, de 29 de julio de 2014)-, una ayuda de Estado en la medida en que sólo grava a determinadas superficies de venta de distribución comercial.

(iii) El derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española [«CE»], no sólo por no haber suspendido el proceso a la espera de la resolución por el TJUE de las cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por el Tribunal Supremo, sino por no haber acompañado dicha decisión de la más mínima motivación, cuando podría suponer la infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.



2.2. Aduce que las dos primeras infracciones fueron oportuna y extensamente alegadas en el fundamento jurídico primero de la demanda de instancia y que la tercera se invoca por primera vez al haberse producido la trasgresión en la sentencia de instancia.

3. Sostiene que las infracciones denunciadas han sido relevantes y determinantes del fallo, puesto que de no haberse producido el sentido del mismo hubiera sido distinto; en síntesis, por las tres siguientes razones:

(a) En primer lugar, porque la Sala *a quo* defiende en el quinto fundamento de la sentencia recurrida la inaplicación de las mencionadas libertades fundamentales al ámbito de la fiscalidad, en flagrante contradicción con la jurisprudencia del TJUE.

(b) En segundo lugar, porque no aprecia la eventual vulneración del artículo 107.1 TFUE por determinadas exoneraciones del IGEC asturiano.

(c) En tercer y último lugar, porque ni siquiera asume las dudas que sobre la conformidad del IGEC asturiano con el Derecho de la Unión Europea se le han suscitado a la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y no procede a suspender el proceso hasta conocer la decisión del TJUE, pese a conocer la existencia de sendos autos 10 de marzo de 2016 (casación 3463/2014; ES:TS:2016:2075A) y 11 de marzo de 2016 (casación 3586/2014; ES:TS:2016:2073A), en los que se plantean cuestiones prejudiciales interpretación. Aún más, no las menciona, ni motiva por qué no espera a su resolución.

4. Razona que las normas supuestamente infringidas forman parte Derecho de la Unión Europea, los artículos 49, 63 y 107.1 TFUE, y del Derecho estatal, el artículo 24.1 CE.

5. Considera que concurre en el recurso de casación preparado interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, porque se dan las circunstancias de interés casacional del artículo 88.2, letras a) y f), y la presunción de interés casacional del 88.3, letra a), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio) [«LJCA»]. En resumen, porque la sentencia recurrida:

5.1. Interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE, la que reitera que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, deben ejercerla respetando las libertades fundamentales reconocidas en el TFUE, tales como la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales, o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención del TJUE a título prejudicial, como inequívocamente deriva de las dos cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en los autos de 10 y 11 de marzo de 2016 arriba reseñados [artículo **88.2.f**) LJCA].

5.2. Fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas del Derecho de la Unión Europea en que se fundamenta el fallo contradictoria con la establecida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los citados autos [artículo 88.2.a) LJCA].

5.3. Aplica normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia, puesto que no han sido resueltas todavía por el TJUE las cuestiones prejudiciales de constante referencia [artículo 88.3.a) LJCA].

6. Entiende necesario que el Tribunal Supremo se pronuncie en este caso concreto, **(i)** para clarificar las consecuencias de una eventual ayuda de Estado y **(ii)** para fijar jurisprudencia sobre la vinculación entre el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación -obligatoria para el Tribunal Supremo- y los recursos idénticos que se tramitan en tribunales inferiores, puesto que, a su juicio, carece de sentido que este Tribunal Supremo tenga la obligación de plantear dicha cuestión y, en tal tesitura, el resto de los tribunales de justicia pueda no sólo ignorarlas sino resolver el fondo del asunto sin esperar a su resolución por el TJUE.

SEGUNDO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 18 de enero de 2017, emplazando el siguiente día 20 a las partes para comparecer ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. La parte recurrente ha comparecido el 14 de febrero y la parte recurrida el 17 de febrero, dentro ambas del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, Magistrado de la Sección

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- 1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 86 LJCA, apartados 1 y 2) y la entidad recurrente,



IKEA IBÉRICA, S.A., se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican las normas del ordenamiento jurídico estatal y de la Unión Europea que se reputan infringidas, oportunamente alegadas en la demanda, consideradas por la Sala de instancia o que ésta hubiera debido observar aun sin ser alegadas, y se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia de instancia han sido relevantes y determinantes para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. El repetido escrito fundamenta con singular referencia al caso que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, porque la sentencia recurrida interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE [artículo 88.2.f) LJCA], fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas del Derecho de la Unión Europea en que se fundamenta el fallo contradictoria con la establecida por la Sección Segunda del Tribunal Supremo [artículo 88.2.a) LJCA] y aplica normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA]. Razona adecuadamente sobre la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

SEGUNDO.- 1. La Sala de instancia rechaza en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, «con remisión a lo razonado en sentencias dictadas [...] al resolver los recursos 1899/2009 y 1395/2003, promovidos por la Asociación General de Grandes Empresas de Distribución contra la resolución de la Consejería de Hacienda del Principado de Asturias, de fecha 3 de julio de 2003, por el que se aprueba el modelo de declaración de alta, modificación y baja del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales, y del Decreto 139/2009 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales», que el IGEC asturiano infrinja la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales y que constituya una ayuda pública estatal proscrita, sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial.

2. La entidad recurrente considera, en sustancia, que con esa decisión infringe los artículos 49, 63 y 107.1 TFUE, por contravenir el contenido sustantivo de esos preceptos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en su interpretación por el TJUE, y el artículo 24.1 CE, por no haber suspendido el proceso a la espera de la resolución por el TJUE de las cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por el Tribunal Supremo, sin ofrecer la más mínima motivación para justificarlo.

3. En el recurso de casación 3463/2014, cuyo objeto es, precisamente, «la sentencia número 698, dictada el 31 de julio de 2014 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, desestimatoria del recurso número 1395/2003, que promovió frente la Resolución de 3 de julio de 2003 de la Consejería de Hacienda del Principado de Asturias, por la que se aprueba el modelo de declaración de alta, modificación y baja en el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales [«IGEC»], (Boletín Oficial del Principado de Asturias [«BOPA»], de 9 de agosto de 2003)» (Hecho 1), la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó auto el 11 de marzo de 2016, acordando:

« **Primero.-** Suspender el procedimiento hasta la resolución de este incidente prejudicial.

Segundo.- Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1ª) ¿Los artículos 49 y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de un impuesto regional que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea igual o superior a 4.000 m² por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano de esa región, pero que opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta: (i) que no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m², sea cual sea la suma de la superficie útil de exposición y venta al público de todos sus establecimientos, y (ii) que no somete a gravamen a los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?

2ª) ¿El artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, la no sujeción al IGEC asturiano de los establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m², y de los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al



público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?

Tercero.- Interesar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la acumulación de estas cuestiones prejudiciales con las planteadas en el recurso de casación 3797/2012, habida cuenta de las concomitancias existentes entre el IGEC catalán y el IGEC asturiano».

4. En el recurso de casación 3586/2014, cuyo objeto es, precisamente, «la sentencia número 732, dictada el 23 de septiembre de 2014 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, desestimatoria del recurso número 1899/2009, que promovió frente al Decreto del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias 139/2009, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales [«IGEC»], (Boletín Oficial del Principado de Asturias [«BOPA»], número 273, de 25 de septiembre de 2009)» (Hecho 1), la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó auto el 10 de marzo de 2016, acordando:

« **Primero.-** Suspender el procedimiento hasta la resolución de este incidente prejudicial.

Segundo.- Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1ª) ¿Los artículos 49 y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de un impuesto regional que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea igual o superior a 4.000 m² por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano de esa región, pero que opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta: (i) que no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público sea inferior a 4.000 m², sea cual sea la suma de la superficie útil de exposición y venta al público de todos sus establecimientos, y (ii) que no somete a gravamen a los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?

2ª) ¿El artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, la no sujeción al IGEC asturiano de los establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m², y de los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?

Tercero.- Interesar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la acumulación de estas cuestiones prejudiciales con las planteadas en el recurso de casación 3797/2012, habida cuenta de las concomitancias existentes entre el IGEC catalán y el IGEC asturiano».

5. Es patente que la sentencia recurrida interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en supuestos que no sólo pueden exigir sino que exigen la intervención del TJUE a título prejudicial, por lo que se da la circunstancia de interés casacional del artículo 88.2.f) LJCA, invocada por la entidad recurrente y conviene que se produzca un pronunciamiento del Tribunal Supremo, porque, como es sabido, el artículo 267 TFUE establece que, «[c]uando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo», mientras que «[c]uando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal».

TERCERO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, determinar,

1ª) Si los artículos 49 y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de un impuesto regional que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea igual o superior a 4.000 m² por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano de esa región, pero que opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta: (i) que no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público sea inferior a 4.000 m², sea cual sea la suma de la



superficie útil de exposición y venta al público de todos sus establecimientos, y (ii) que no somete a gravamen a los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales.

2ª) Y si el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, la no sujeción al IGEC asturiano de los establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m², y de los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales.

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

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

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/408/2017, preparado por IKEA IBÉRICA, S.A., contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2016 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso 361/2016.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar,

A) Si los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de un impuesto regional que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea igual o superior a 4.000 m² por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano de esa región, pero que opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta: (i) que no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público sea inferior a 4.000 m², sea cual sea la suma de la superficie útil de exposición y venta al público de todos sus establecimientos, y (ii) que no somete a gravamen a los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales.

B) Y si el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, la no sujeción al Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales asturiano de los establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m², y de los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m², cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales.

3º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) 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 Manuel Vicente Garzon Herrero Segundo Menendez Perez Octavio Juan Herrero Pina Eduardo Calvo Rojas Joaquin Huelin Martinez de Velasco Diego Cordoba Castroverde Jose Juan Suay Rincon Jesus Cudero Blas