



Roj: **ATS 5474/2017 - ECLI:ES:TS:2017:5474A**

Id Cendoj: **28079130012017201083**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2017**

Nº de Recurso: **647/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **MANUEL VICENTE GARZON HERRERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 9362/2016,**
ATS 5474/2017,
STS 743/2019

AUTO

En la Villa de Madrid, a 31 de mayo de 2017

HECHOS

PRIMERO.- 1. La procuradora doña Nuria Plaza Ruiz, en representación de Ikea Ibérica, S.A., mediante escrito fechado el 5 de diciembre de 2016, preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2016 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso 281/2014.

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 tres 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 Parlament de Catalunya 16/2000, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales (DOGC número 3295, de 30 de diciembre de 2000), 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:



En primer lugar, porque la Sala *a quo* defiende en el cuarto 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.

En segundo lugar, porque no aprecia la eventual vulneración del artículo 107.1 TFUE por determinadas exoneraciones del IGEC catalán.

En tercer y último lugar, porque ni siquiera asume las dudas que sobre la conformidad del IGEC catalán 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 del auto 10 de marzo de 2016 (casación 3797/2012; ES:TS:2016:2085A). 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). 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 tres cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas por la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en el auto de 10 de marzo de 2016 arriba reseñado [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 el citado auto [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 Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 30 de enero de 2017, ordenando el emplazamiento 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 22 de marzo, dentro ambas del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzon Herrero, 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:

3.1. 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, o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención del TJUE a título prejudicial, como deriva de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sección Segunda de esta Sala en auto de 10 de marzo de 2016 (casación 3797/2012) [artículo **88.2.f**) LJCA].

3.2. 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 en ese auto [artículo 88.2.a) LJCA].

3.3. 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 dichas cuestiones prejudiciales [artículo 88.3.a) LJCA].

4. La entidad recurrente entiende conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo, **(i)** para clarificar las consecuencias de una eventual declaración de existencia de una ayuda de Estado, y **(ii)** para fijar jurisprudencia sobre la vinculación entre el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación por el Tribunal Supremo y los recursos idénticos que se tramitan en tribunales inferiores [artículo 89.2.f) LJCA].

SEGUNDO.- 1. La Sala de instancia rechaza en los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la sentencia recurrida que el IGEC catalán 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 3797/2012, 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 la utilización de grandes superficies comerciales individuales cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m² por razón del impacto que pueden ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de esa región, pero que legalmente opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y prácticamente recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta que: (i) no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales con una superficie de venta individual inferior a 2.500 m², sea cual sea la suma de la superficie de venta de todos sus establecimientos; (ii) exonera a los grandes establecimientos comerciales colectivos; (iii) exime a los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (iv) hace tributar únicamente por el 40% de la base liquidable que les corresponda a los dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje?

2ª) ¿El artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, (i) la exoneración total en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea inferior a 2.500 m², de los establecimientos comerciales colectivos y de los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (ii) la exoneración parcial en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje?

3ª) Si las exoneraciones totales y parciales del IGEC reseñadas constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, ¿cuál sería el alcance temporal de esa decisión, habida cuenta de la existencia y del contenido de la carta que, con fecha 2 de octubre de 2003, el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP remitió a la Representación del Reino de España ante la Unión Europea, en relación con el asunto CP 11/01, supuestas ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña de acuerdo con la Ley del Parlament de Catalunya?».



4. 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 la utilización de grandes superficies comerciales individuales cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m² por razón del impacto que pueden ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de esa región, pero que legalmente opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y prácticamente recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta que: (i) no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales con una superficie de venta individual inferior a 2.500 m², sea cual sea la suma de la superficie de venta de todos sus establecimientos; (ii) exonera a los grandes establecimientos comerciales colectivos; (iii) exige a los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (iv) hace tributar únicamente por el 40% de la base liquidable que les corresponda a los dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje.

2ª) Si el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, (i) la exoneración total en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea inferior a 2.500 m², de los establecimientos comerciales colectivos y de los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (ii) la exoneración parcial en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje.

3ª) Y si las exoneraciones totales y parciales del IGEC reseñadas constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, ¿cuál sería el alcance temporal de esa decisión, habida cuenta de la existencia y del contenido de la carta que, con fecha 2 de octubre de 2003, el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP remitió a la Representación del Reino de España ante la Unión Europea, en relación con el asunto CP 11/01, supuestas ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña de acuerdo con la Ley del Parlament de Catalunya?

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.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/647/2017, preparado por IKEA IBÉRICA, S.A., contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2016 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso 281/2014.

2º) Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en determinar:

1ª) 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 la utilización de grandes superficies



comerciales individuales cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m² por razón del impacto que pueden ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de esa región, pero que legalmente opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y prácticamente recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta que: (i) no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales con una superficie de venta individual inferior a 2.500 m², sea cual sea la suma de la superficie de venta de todos sus establecimientos; (ii) exonera a los grandes establecimientos comerciales colectivos; (iii) exime a los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (iv) hace tributar únicamente por el 40% de la base liquidable que les corresponda a los dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje.

2ª) 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, (i) la exoneración total en el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales de los establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea inferior a 2.500 m², de los establecimientos comerciales colectivos y de los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (ii) la exoneración parcial en el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales de los establecimientos comerciales individuales dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje.

3ª) Y si las exoneraciones totales y parciales del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales reseñadas constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 1, ¿cuál sería el alcance temporal de esa decisión, habida cuenta de la existencia y del contenido de la carta que, con fecha 2 de octubre de 2003, el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP remitió a la Representación del Reino de España ante la Unión Europea, en relación con el asunto CP 11/01, supuestas ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña de acuerdo con la Ley del Parlament de Catalunya?

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, presidente 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