



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: 007

C/ GOYA 14
Teléfono: 91400 73 06/07/08 Fax:
Correo electrónico:

Modelo: N40010 AUTO TEXTO LIBRE ART 206.1 2º LEC

Equipo/usuario: MAL

N.I.G: 28079 23 3 2023 0001924

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES
0000213 /2023 0001

Proc. de origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000213 /2023

Sobre: ADMINISTRACION TRIBUTARIA

De D./Dña. REPSOL SA

Abogado:

Procurador Sr./a. D./Dña. JUAN TORRECILLA JIMENEZ

Contra: MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA

ABOGADO DEL ESTADO

AUTO

ILMO. SR. PRESIDENTE

JOSE GUERRERO ZAPLANA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

FELIPE FRESNEDA PLAZA

MARIA YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

En MADRID, a diecisiete de febrero de dos mil veintitrés

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso administrativo se interpuso el día 8 de Febrero de 2023 frente a "Orden HFP/94/2023, de 2 de febrero, por la que se aprueban el modelo 795, «Gravamen temporal energético. Declaración del ingreso de la prestación», el modelo 796, «Gravamen temporal energético. Pago anticipado», el modelo 797, «Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Declaración del ingreso de la prestación» y el modelo 798, «Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Pago anticipado», y



se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación.”

Por otrosí se solicitó que se acuerde por la Sala la MEDIDA CAUTELAR consistente, exclusivamente, en la suspensión de la aplicación de la OM respecto de mi mandante y limitada a las disposiciones que afectan al Gravamen Temporal Energético (GTE), esto es, arts. 1 a 6, 13 y 14, disposiciones finales 1 a 4, y anexos I y II.

La parte recurrente ofreció la prestación de garantía en la forma que hizo constar en el escrito presentado.

SEGUNDO: Esta Sala dictó auto de fecha 10 de Febrero de 2023 en el ramo separado de Cautelarísimas 2/2023, rechazando esa pretensión inicial de la parte recurrente y cuya parte dispositiva era del siguiente tenor:

a) No apreciamos especial urgencia en la adopción de medida cautelar.

b) Tramítese como medida cautelar ordinaria con traslado a la Administración en el término de 3 días.

c) No se hace especial pronunciamiento en costas.

TERCERO: Por el Abogado del Estado se ha presentado en fecha 16 de Febrero escrito en el que se oponía a la estimación de las medidas cautelares interesada, ello por las razones que hizo constar en el escrito presentado.

Ha sido ponente D. JOSE GUERRERO ZAPLANA

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La Orden Ministerial recurrida es desarrollo de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias, introduce dos nuevos gravámenes temporales en el ordenamiento jurídico, para los ejercicios 2023 y 2024.

El objeto de la O.M. recurrida es la aprobación de los modelos de declaración de ingreso y pago anticipado del gravamen temporal instituido por la Ley 38/2022.

Según resulta de la Exposición de Motivos de la Orden recurrida, en el ámbito energético (que es al que la parte recurrente contrae la impugnación que formula en el presente recurso contencioso administrativo) se configura una prestación patrimonial de carácter público no tributario con carácter temporal que deberán satisfacer las personas y



entidades consideradas como «operadores principales» de acuerdo con la normativa reguladora de los mercados y la competencia, así como las personas o entidades que desarrollen en España actividades de producción de crudo de petróleo o gas natural, minería de carbón o refinado de petróleo y que generen, en el año anterior al del nacimiento de la obligación de pago de la prestación, al menos el 75 por ciento de su volumen de negocios a partir de actividades económicas en el ámbito de la extracción, la minería, el refinado de petróleo o la fabricación de productos de coquería.

Según afirma la parte recurrente los posibles sujetos pasivos a los que se dirige esta nueva forma impositiva no deben exceder de 12 sujetos pasivos.

Se configura la obligación de pago de la prestación como que nace el 1 de enero de los años en que resulte exigible y que debe satisfacerse durante los primeros veinte días naturales del mes de septiembre de cada uno de estos dos años. Igualmente, se prevé un pago anticipado del 50% (que se minora de la prestación final)

Por lo tanto, la Orden recurrida afirma que: "Se hace, por tanto, indispensable proceder a la aprobación de los correspondientes modelos de declaración del ingreso de la prestación y de pago anticipado de ambos gravámenes temporales".

A los efectos que ahora interesan, y para justificar la urgencia puesta de manifiesto por la parte recurrente, el artículo 12 de la Orden recurrida es del siguiente tenor literal: "Plazo de presentación del modelo 798, «Gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Pago anticipado».

El modelo 798 deberá presentarse e ingresarse durante los veinte primeros días naturales del mes de febrero siguiente al nacimiento de la obligación de pago de la prestación.

SEGUNDO: La parte recurrente fundamenta la petición de suspensión en los siguientes argumentos:

- La O.M. fija, en contravención de la Ley 38/2022, de un sistema de "autoliquidación" que implica que el sujeto obligado al pago debe "realizar por sí mismo las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda" en vez de un régimen de "declaración" por parte del contribuyente y posterior "liquidación administrativa".
- La OM sobre cuya aplicación se pide una medida cautelar de suspensión impone ex novo una obligación de autoliquidación cuyo primer plazo finaliza el 20 de febrero por lo que resulta evidente la especial urgencia a que se refiere el art. 135 de la LJCA para acudir al llamado procedimiento especial.



- La elección entre un sistema de autoliquidación y un sistema de declaración y posterior liquidación administrativa afecta a los derechos y garantías en el procedimiento administrativo, determina las vías de impugnación aplicables y el acceso a la justicia cautelar.
- No se pretende la suspensión vía justicia cautelar de la Ley 38/2022 sino únicamente de la OM por vulneración de la Ley 38/2022, al establecer una obligación de autoliquidación sin cobertura legal.
- De no accederse a la suspensión interesada, y tomando en consideración que la obligación de autoliquidar debe cumplirse por primera vez el 20 de febrero de 2023, la hipotética sentencia que estimara el recurso de mi representada perdería su eficacia pues se dictaría no solo con posterioridad al vencimiento de dicho primer plazo, sino probablemente, una vez vencida la obligación de presentar las 4 autoliquidaciones a que se refiere la OM (febrero y septiembre de 2023 y 2024).

El Abogado del Estado se ha opuesto a la medida cautelar sobre la base, en lo sustancial, de las siguientes consideraciones:

- El efecto que se conseguiría de conceder la medida cautelar determina, necesariamente, la imposibilidad de aplicar el artículo 1 de la Ley 38/2022.
- De no accederse a la suspensión, el recurso no pierde su finalidad puesto que, ante una hipotética estimación del recurso contencioso, la Administración vendría obligada a dictar una nueva OM con un modelo diferente de declaración y posterior liquidación, restituyéndose los efectos de la OM que habría sido anulada (devolución del ingreso, con los correspondientes intereses de demora).
- La no suspensión afectaría al interés público puesto que los ingresos previstos por la aplicación del gravamen aprobado por la Ley 38/2022 constituyen ingresos que forman parte de la estimación correspondiente al presente ejercicio (2023), estimación que necesariamente se vería mermada en caso de estimarse la medida. En el presente ejercicio la previsión de déficit público es del 3,3% por lo que la merma de ingresos obligaría a aumentar las necesidades de financiación del Reino de España y, por tanto, sus costes financieros.
- No se ha justificado ningún perjuicio irreparable puesto que los perjuicios que se pudieran irrogar, en realidad, no se derivan de la OM sino de la Ley, que la



recurrente no está legitimada para impugnar y cuya suspensión incumbe, en su caso, al Tribunal Constitucional.

- No concurre apariencia de buen derecho, dados los limitados límites con los que se aplica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- La consideración del gravamen instituido por la Ley 38/2022 como ayuda del Estado, con los efectos que ello pudiera tener en aplicación del derecho comunitario es una cuestión de fondo que no es aplicable en fase de medidas cautelares.

TERCERO: Son aplicables al presente supuesto los siguientes preceptos de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa:

Artículo 129.2 de la LRJCA cuando afirma que: 2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Artículo 130 de la misma norma que establece lo siguiente:

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Artículo 133 de la LRJCA:

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

Finalmente, es aplicable el artículo 134 de la misma norma que tiene el siguiente contenido:

1. El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2 2. La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas

CUARTO: Debemos encabezar el razonamiento jurídico de esta Sala con el argumento general expuesto por la jurisprudencia



del Tribunal Supremo en relación a la prudencia que debe regir la adopción de medidas cautelares respecto a disposiciones generales que resulta, por ejemplo, del auto dictado en fecha 25 de Febrero de 2021 en el P.O. 47/2021 donde se afirma que: "es obligado recordar la consolidada jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que la suspensión de una disposición general es una medida que sólo puede adoptarse de forma restrictiva, puesto que frente a la afección singularizada o numéricamente limitada que deriva de los actos administrativos, la suspensión de una disposición general afecta a la integridad del ordenamiento jurídico, con la consiguiente mayor repercusión en los intereses generales".

Por lo tanto, atendiendo al criterio que resulta de esa línea jurisprudencial, deberemos atender, inicialmente, a dos criterios para resolver la controversia que se plantea en esta pieza separada, (resolución que ya adelantamos que deberá ser contraria a las pretensiones de la parte recurrente); esos dos criterios son la posible existencia de perjuicios y la aplicación del criterio del *fumus boni iuris*:

En cuanto al criterio del *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) el Tribunal Supremo en el auto citado más arriba (dictado en fecha 25 de Febrero de 2021 en el P.O. 47/2021) impide que sea aplicable en un caso como el presente en que ni hay una previa declaración de nulidad respecto de la norma en la que se basa la OM recurrida ni la supuesta nulidad es palmaria, evidente, ni apreciable a simple vista. Aplicar en este momento procesal este criterio supondría adelantar al momento de la pieza cautelar el pronunciamiento que deberá realizarse en el momento de dictar la sentencia del presente recurso contencioso administrativo.

Dice el Tribunal Supremo en dicho auto: "*En lo que se refiere a esta invocación de la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris procede recordar aquí que, como hemos declarado en repetidas ocasiones -puede verse la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2008 (casación 1048/07), donde se cita otros pronunciamientos anteriores-, la doctrina sobre el fumus boni iuris requiere una prudente aplicación para no prejuzgar la decisión del pleito al resolver el incidente de medidas cautelares, pues con ello se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. Nada indica que nos encontremos en uno de esos supuestos, y, por tanto, el argumento carece de virtualidad para sustentar la adopción de la medida cautelar.*



En este mismo sentido pueden verse también el auto de esta Sala, Sección 5ª, de 17 de abril de 2018 (recurso 728/2017) y de la Sección 4ª de 16 de julio de 2018 (recurso 284/2018)".

En cuanto a la existencia de los perjuicios derivados de la no suspensión, debemos aplicar el criterio del auto dictado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el PO 170/2021 de fecha 28 de Junio de 2021 cuando se afirma que: "siguiendo la doctrina constante y reiterada de esta Sala, emanada de sus diferentes secciones funcionales, la eventualidad de que se produzcan daños o perjuicios de reparación imposible es una circunstancia que, según venimos exigiendo de modo indefectible, que debe ser rigurosamente probada por el solicitante de la suspensión, precisamente por el reforzado valor que se atribuye, como presupuesto dogmático, a la presunción de legalidad y acomodo al interés general de las disposiciones de carácter general".

En el caso que nos ocupa dichos perjuicios derivados de la no suspensión solo supondrán someterse a la obligación de efectuar la declaración en la forma prevista por la OM recurrida pero, obviamente, se trata de una situación perfectamente reversible y de perjuicios reparables en el caso de que se estimasen las pretensiones sostenidas en la demanda que deberá formularse por la empresa recurrente. Volveremos sobre esta cuestión el FJ siguiente.

QUINTO: Además de lo dicho en el Fundamento Jurídico anterior que se refiere a las dos exigencias fundamentales de la adopción de las medidas cautelares (irreparabilidad de los perjuicios y *fumus boni iuris*) son de aplicación, también los siguientes argumentos que abonan el rechazo de la adopción de la medida cautelar:

Al no acceder a la suspensión que se interesa en la presente pieza separada de medidas cautelares, cabe la posibilidad de que la parte recurrente deba presentar las cuatro autoliquidaciones a las que se refiere la Ley desarrollada por la O.M. recurrida; pero tal eventualidad, a juicio de esta Sala, no ocasiona un perjuicio irreparable sino, antes al contrario, dicho perjuicio sería perfectamente susceptible de la oportuna reparación mediante la devolución de lo pagado con el abono de los intereses que fueran preceptivos (llevando a efecto las compensaciones necesarias). Por el contrario, la suspensión de la OM (y con ella la Ley 38/2022) sí que ocasiona un grave perjuicio al interés general al hacerse imposible la recaudación del gravamen dejando sin cumplir una de las exigencias de la Ley que en su Exposición de Motivos habla de que tiene una primera finalidad "recaudatoria, a fin de exigir, en estos tiempos de crisis energética y de inflación, un mayor esfuerzo a quienes



disponen de una mayor capacidad económica, es decir, una muestra de solidaridad de las grandes fortunas”.

La exigencia de la perdida de finalidad del recurso a la que se refiere el artículo 130 de la LRJCA no concurre en este caso puesto que, una vez denegada la medida cautelar, en el recurso contencioso que debe tramitarse, la parte recurrente podrá utilizar los argumentos de fondo que convengan a su interés en contra de la O.M. recurrida y, en el caso de obtener sentencia favorable, la anulación de dicha orden podría llevar la devolución de lo pagado. Por lo tanto, la parte recurrente sigue teniendo interés en la tramitación y resolución del recurso contencioso interpuesto aunque no se haya suspendido de modo cautelar la resolución dictada.

Aplicamos en este punto, también, el criterio que emana del Tribunal Supremo (auto de fecha 16 de Julio de 2018 dictado en el PO 284/2018) cuando afirma que: *“La frustración de la finalidad legítima del recurso, en general, quiere evitar que durante el tiempo que dura la sustanciación del recurso contencioso administrativo hasta su resolución definitiva, se quiebre tal propósito, asegurando de este modo la eficacia de la sentencia que ponga fin al mismo, es decir, que la misma tenga un efecto útil, y pueda ser cumplida. En términos legales, se trata de “asegurar la efectividad de la sentencia” (artículo 129 de la LJCA), adoptando la cautela cuando la “ejecución del acto (...) pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso” (artículo 130 de la misma Ley)“.*

La adopción de la medida cautelar que interesa la parte recurrente supondría la petrificación del ordenamiento jurídico puesto que, por medio de la obtención de la medida cautelar respecto de la Orden Ministerial de desarrollo, se estaría paralizando la aplicación de una Ley que tiene una justificación detallada en su exposición de motivos y respecto de la que esta Sala no tiene nada que decir por carecer totalmente de competencia para anular normas con rango de ley. Es cierto que la parte recurrente afirma en el otrosí de su escrito de interposición que “en ningún caso se está pretendiendo la suspensión vía justicia cautelar de la Ley 38/2022” (página 9), pero la realidad es que tal efecto iría inescindiblemente unido a la adopción de la medida cautelar solicitada.

La razón de la implantación del gravamen que la parte recurrente quiere, de facto, paralizar hace referencia al aumento de la inflación, la influencia de la Guerra de Ucrania, los problemas de suministros derivados de la pandemia, al insuficiente incremento de los salarios y otras razones que constan detalladas en la exposición de motivos de la Ley y a las que esta Sala no debe dar respuesta por



estricta aplicación de lo previsto en el artículo 71.2 de la LRJCA cuando afirma que: "Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados".

SEXTO: En aplicación de lo dispuesto por el artículo 139 de la LRJCA, y en cuanto a la imposición de costas, procede imponer las costas al parte recurrente dado el rechazo de la pretensión sostenida tanto en vía cautelarísima como en vía cautelar.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación

LA SALA, por ante mí el Secretario, **ACUERDA**: No hay lugar a la adopción de la medida cautelar de suspensión interesada por la parte recurrente en relación a la Orden HFP/94/2023, de 2 de febrero. Con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en este incidente.

Notifíquese a las partes esta resolución con advertencia de los recursos que caben contra la misma, plazo y órgano jurisdiccional ante el que, en su caso, habría de interponerse.

Así lo acuerdan, mandan y firman los señores del Tribunal reseñados al margen, en la fecha antes expresada, de todo lo cual yo, el Secretario, doy fé.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de reposición en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial. Para la interposición de dicho recurso de reposición deberá constituirse un depósito de 25 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano Judicial, abierta en la Entidad Bancaria SANTANDEWR, Sucursal cuenta número 2856, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguida del Código "-- Contencioso-Reposición" e indicando en los siguientes dígitos número y año de procedimiento.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.