



Roj: **STS 2445/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2445**

Id Cendoj: **28079130022019100329**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **03/07/2019**

Nº de Recurso: **450/2015**

Nº de Resolución: **983/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ISAAC MERINO JARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 983/2019

Fecha de sentencia: 03/07/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 450/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: LMR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 450/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 983/2019

Excmos. Sres.

D. Jose Diaz Delgado

D. Angel Aguallo Aviles

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jesus Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero



D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 3 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Segunda por los Excmos. Sres. Magistrados que figuran indicados al margen, el recurso de casación núm. 450/2015, interpuesto por el procurador don César Berlanga Torres, en nombre y representación de la sociedad mercantil EL CORTE INGLÉS, S.A. (por absorción de HIPERCOR, S.A.), contra la sentencia de 30 de diciembre de 2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (dictada en el recurso núm. 67/2013) en relación con la liquidación del **Impuesto** sobre Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC), periodo 2011.

Siendo parte recurrida el Principado de Asturias, representado por la Letrada de su Servicio Jurídico.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La resolución recurrida en casación.

El objeto del presente recurso de casación lo constituye la sentencia de 30 de diciembre de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que desestima el recurso contencioso-administrativo 67/2013 interpuesto por la representación procesal de HIPERCOR S.A., contra resolución de la Consejería de Hacienda y Sector Público del Principado de Asturias, de 19 de noviembre de 2012, que desestimó la reclamación económico-administrativa núm. 2011/0156 contra la liquidación del **Impuesto** sobre Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC), ejercicio 2011, del establecimiento HIPERCOR sito en la C/ Ramón Areces, núm. 2 de Gijón, por un importe de 618.692,99 euros..

SEGUNDO.- Los hechos sobre los que ha versado el litigio, en lo que hace a las cuestiones que suscita el recurso que nos ocupa, son los siguientes:

a) Con efectos a partir del día 1 de enero de 2013, la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales (BOPA de 31 de diciembre) ["LIGEC"], creó, a través de su artículo 21, como tributo propio del Principado de Asturias, el IGEC, siendo el mismo exigible en todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

b) Mediante resolución de 3 de julio de 2003, de la Consejería de Hacienda, se aprobó el modelo 049 de declaración de alta, modificación y baja de datos tributarios de los establecimientos sujetos al IGEC.

c) Como desarrollo de la LIGEC se dictó el Decreto 191/2003, de 4 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del **Impuesto** sobre Grandes Establecimientos Comerciales, que fue anulado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la sentencia de 12 de enero de 2006 (recurso 1460/2003; ES:TSJAS:2006:145), por omisión del preceptivo informe, sentencia que fue confirmada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con fecha 5 de febrero de 2009, al desestimarse el recurso de casación número 1122/2006 (ES:TS:2009:1357) interpuesto por el Principado de Asturias. Así las cosas, se aprobó un nuevo Decreto de desarrollo de la LIGEC, el Decreto 139/2009, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del **Impuesto** sobre Grandes Establecimientos Comerciales (BOPA de 25 de noviembre) ["RIGEC"], entrando en vigor el 26 de noviembre de 2009.

d) En el BOPA, núm. 49, de 1 de marzo de 2011 se publicó la aprobación del Padrón fiscal del IGEC correspondiente al ejercicio 2011, así como la liquidación por el IGEC del mismo ejercicio en relación con el establecimiento situado en la C/Ramón Areces, núm. 2 de Gijón, liquidación de la que resultó una cuota a ingresar de 618.692,99 euros.

e) No conforme, HIPERCOR, S.A., presentó reclamación económico-administrativa, la cual fue desestimada mediante resolución del Consejero de Economía y Hacienda de 19 de noviembre de 2012, con base en lo siguiente: **(i)** su incompetencia para examinar la ilegalidad, inconstitucionalidad o disconformidad de la LIGEC o del RIGEC con el ordenamiento comunitario por ser funciones propias del Tribunal Constitucional y de los órganos jurisdiccionales (FD 3º); **(ii)** El carácter antiformalista del concepto de declaración tributaria contenido en el artículo 102 de la anterior Ley General Tributaria, por el que la forma de la declaración no constituye un elemento esencial de la misma, por lo que son válidas las declaraciones realizadas sin utilizar los modelos oficiales, por lo que el hecho de que no se aprobase un modelo oficial para realizar la declaración preceptuada por el art. 21, punto 22 de la Ley 15/2002 de 27 de diciembre, no obstaba a que pudiese realizarse dicha declaración de forma válida (FD 4º) **(iii)** la realización del hecho imponible, ya que, fundamenta, el



artículo 21. Tres LIGEC, define el hecho imponible por "el funcionamiento de un gran establecimiento comercial, funcionamiento que considera indiscutiblemente unido a la producción de determinados impactos negativos", dado que si "el legislador hubiese querido configurar el hecho imponible como el funcionamiento de los grandes establecimientos comerciales únicamente en los casos que produzcan los impactos referidos lo hubiera dicho así expresamente" (FD 6º).

TERCERO.- *La sentencia de instancia.*

Frente a la citada resolución del Consejero de Economía y Hacienda, HIPERCOR, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que lo desestimó a través de la sentencia ahora recurrida en casación.

Como se ha dicho, la sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por HIPERCOR, S.A., identificando los fundamentos esgrimidos en la demanda de forma sintética como: "1) Inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley 15/2002, por exceder la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, a través de la citada Ley, los límites materiales y territoriales de su potestad tributaria establecidos en los artículos 6.3 y 9 de la LOFCA, debido a que la materia imponible objeto del **Impuesto** sobre Grandes Establecimientos Comerciales es la misma de la que constituye el objeto del IAE y/o del IBI como ha señalado el Consejo de Estado en el dictamen emitido en relación con el Decreto 191/2003, que el **Impuesto** sobre Grandes Establecimientos Comerciales no es un tributo de carácter fiscal y finalidad medioambiental, y que la norma creadora y reguladora del mismo carece de medida de compensación o coordinación a favor de los Municipios asturianos; igualmente la citada regulación vulnera los límites generales a la potestad autonómica de los artículos 19 y 139.2 de la Constitución Española; 2) Inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley 15/2002 por ausencia del título material habilitante para el establecimiento por la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de un **impuesto** de carácter extrafiscal; por infracción del principio de libertad de empresa; incompetencia de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en materia de defensa de la competencia, y vulneración del sistema competencial para crear tributos establecido por la Constitución y la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas; 3) Infracción por el artículo 21 de la Ley 15/2002 de los principios constitucionales informadores del ordenamiento tributario de generalidad, capacidad económica, justicia tributaria, no confiscatoriedad, de igualdad y seguridad jurídica de los artículos 9.3, 14, y 31 de la Constitución Española; 4) Vulneración de los principios comunitarios de libre circulación de bienes y servicios, y libertad de establecimiento de empresas; 5) Infracción por el nuevo Reglamento del **Impuesto** (Decreto 139/2009), en el artículo 6, de distintos principios y preceptos del ordenamiento jurídico, por restringir el ámbito material de la bonificación, y porque el padrón es disconforme con el ordenamiento jurídico; 6) La liquidación impugnada es disconforme con el ordenamiento jurídico por no realización del hecho imponible a falta de acreditación de los impactos negativos que genere su establecimiento, que dispone de licencia otorgada por la propia Administración, amén de que esta parte ha asumido los costes de urbanización y construcción, y la cuota impugnada, sumada a la cuota del IBI, del IAE y del **Impuesto** Sociedades imputables al establecimiento, representa un porcentaje del rendimiento del establecimiento, que permite afirmar que se está ante un supuesto de confiscatoriedad".

La citada sentencia en los fundamentos jurídicos cuarto quinto y sexto, expone las bases jurídicas que conducen a la Sala a desestimar los motivos anteriormente enumerados.

La Sala de instancia recuerda que "en el presente pleito, acordó la suspensión del plazo para dictar sentencia hasta que el Tribunal Constitucional resolviera la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley 15/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales del Principado de Asturias, por entender que infring[ía] los artículos 133.2, 38, 31 y 9.3 de la Constitución Española, relativos a la falta de competencia para establecer el tributo impugnado, vulneración de los principios de libertad de empresa, el principio de igualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos y de seguridad jurídica", y que "[a]dmítida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, número 3142-2007, el Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia de 10 de abril de 2014" desestimó la misma, "dando [así] respuesta a todos los argumentos de la demanda basados en la inconstitucionalidad de la misma". Resueltas, pues, "las dudas de la constitucionalidad de la Ley aplicada [...] en la referida sentencia del Tribunal Constitucional", procede a examinar "los motivos referidos a la vulneración del derecho comunitario y de legalidad ordinaria" (FD 4º).

Continúa el órgano *a quo* remitiéndose a sus sentencias de 23 de septiembre de 2014 (ES:TSJAS:2014:2798) y 31 de julio de 2014 (ES:TSJAS:2014:2497), que desestiman, respectivamente, "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 el 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 reproduce. No entiende aplicable al caso "la doctrina sentada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 5 de febrero de 2014, en el asunto C- 385/12 , **impuesto** húngaro sobre el volumen de negocios del comercio al por menor en establecimientos, que señala que la normativa húngara al distinguir entre los sujetos pasivos en función de su pertenencia o no a un grupo de sociedades, aunque no establece una discriminación directa, tiene el efecto de desfavorecer a las personas jurídicas que estén vinculadas a otras sociedades en un grupo con respecto a las personas jurídicas que no pertenecen a un grupo de sociedades de este tipo", y ello porque se está "ante un tipo impositivo respecto a determinados sujetos, un criterio de diferenciación, aparentemente objetivo, del tamaño del volumen de negocios que establece una discriminación indirecta basada en el domicilio social de las sociedades, sin que quepa alegar a favor del tal sistema ni la protección de la economía del país ni el restablecimiento del equilibrio presupuestario mediante el incremento de los ingresos tributarios". Excluidos los efectos jurídicos respecto a la libertad de mercado e infracción de las disposiciones de doble imposición en la sentencia del Tribunal Constitucional, tampoco considera procedente plantear cuestión prejudicial, "al no estimarse justificada la infracción de ningún principio comunitario, ni considerar como tales los efectos económicos perjudiciales por la posible distorsión de la unidad de mercado y una protección excesiva de determinados medios de distribución en perjuicio de los grandes establecimientos al estar justificada objetivamente dicha diferenciación en la sentencia del Tribunal Constitucional", ni aprecia "causa legal para suspender de nuevo el procedimiento aceptando la prejudicialidad administrativa para supuestos que no coinciden con el presente, y en todo caso, porque la presente resolución es susceptible de recurso de casación, lo que excluye la obligación de plantear la cuestión prejudicial" (FD 5º).

Se remite igualmente a lo resuelto en la sentencia de 23 de septiembre de 2014 , ya citada, para desestimar las infracciones denunciadas por HIPERCOR, S.A., respecto a la "extralimitación en el Reglamento sobre el hecho imponible ni sobre el sujeto pasivo como elementos configuradores o esenciales del tributo, ni sobre la notificación de los actos de gestión, ni aplicación retroactiva de una norma anulada, ya que ni la Resolución que aprueba el Modelo 049 ni el Decreto 139/2009 los determinan ni delimitan [...], lo que supone que no quepa en este caso apreciar dicha vulneración al haberse creado el **impuesto** en el art. 21 de la Ley 15/2002 y en las referidas disposiciones reglamentarias una nueva corrección o desarrollo del **impuesto**, que está posibilitada por el carácter relativo de este principio en materia tributaria".

Analiza, por último, la alegación referente a "la legalidad de la liquidación por falta de realización del hecho imponible al no haber probado la Administración el pretendido impacto negativo en el entorno", alegación que también desestima "a la vista de la definición legal del hecho imponible consistente en el funcionamiento de un gran establecimiento comercial, lo que supone en la ratio legal los perjuicios para el medio ambiente y ordenación territorio", no habiendo resultado acreditado por la mercantil "que las inversiones realizadas hayan disminuido esa incidencia negativa para aplicar las reducciones legalmente previstas, y ello sin perjuicio de que el proyecto fuera declarado pública y socialmente beneficioso", como tampoco que "el **impuesto** es confiscatorio, para lo cual se necesitaría conocer que incidencia representa en la carga impositiva y en la capacidad económica del contribuyente titular del mismo" (FD 6º).

No realiza la Sala especial pronunciamiento en costas, dadas las dudas que la complejidad del asunto presenta (FD 7º).

CUARTO.- Tramitación del recurso de casación .

1.- Preparación del recurso. La procuradora, doña María Victoria Azcona de Arriba, en representación de HIPERCOR S.A., mediante escrito de fecha 9 de enero de 2015, preparó recurso de casación contra la referida sentencia de 30 de diciembre de 2014 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias . La letrada de la administración de justicia tuvo por preparado el recurso de casación mediante diligencia de ordenación de fecha 21 de enero de 2015, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo y emplazó a los litigantes para que comparecieran ante la Sala Tercera.

2.- Interposición del recurso. El procurador don Cesar Berlanga Torres, en nombre y representación de HIPERCOR S.A., interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha 5 de marzo de 2015, que observa los requisitos legales.

La parte recurrente tras justificar los requisitos de admisibilidad del recurso, articula su argumentación señalando las dos concretas infracciones en que incurre la sentencia que impugna, ambas al amparo de lo previsto en el artículo 88.1, letra d), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE de 14 de julio) [" LJCA"], a saber: **(a)** la vulneración del artículo 21 LIGEC, por contravenir el IGEC el principio de libertad de establecimiento consagrado en el artículo 49 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"]; y **(b)** la infracción de los artículos 31.3 y 133.2 de la Constitución Española (BOE de 29 de diciembre)



["CE"], así como el artículo 8, letras a) y d), de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre) ["LGT"], dado que el artículo 6 RIGEC contraviene el principio de reserva de ley en materia tributaria, al restringir el ámbito material de la bonificación establecida en el artículo 21.once.1 LIGEC en función de los medios de transporte utilizados para acceder a los grandes establecimientos comerciales no situados en núcleos urbanos.

Finaliza dicho escrito suplicando a la Sala que dicte "sentencia por la que, estimando el recurso, case la impugnada, declarándola nula, y anule el artículo 6 del "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", así como el acto de liquidación tributaria dictado en su aplicación".

3.- Solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial. En el segundo otrosí, solicita el planteamiento de cuestión prejudicial al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea respecto del artículo 21 de la ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre , que, subsidiariamente, se suspenda la tramitación del presente recurso hasta tanto se resuelva el procedimiento abierto por la Comisión Europea bajo el número de referencia 6978/14, y que se admitan como apoyo de dichas pretensiones determinados documentos.

4.- Oposición. Mediante escrito de 15 de junio de 2015, la letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, en la representación que legalmente ostenta, presentó escrito de oposición al recurso de casación, alegando, en esencia, lo que sigue: en cuanto a las infracciones denunciadas por la mercantil recurrente del Derecho de la Unión Europea, que las mismas, "atacan en realidad la norma creadora del IGEC -cuya conformidad viene avalada por la STC 53/2014, de 10 de abril - y no los concretos actos administrativos en su día objeto de recurso" (página 2), revelándose dichas alegaciones "como esencialmente retóricas, máxime teniendo en cuenta que la actora se encuentra instalada en el territorio de la Comunidad Autónoma sin haber sufrido restricción alguna" (página 4).

La Administración autonómica recurrida termina su escrito de oposición suplicando a la Sala "dicte en su día sentencia en la que, desestimando el recurso, confirme íntegramente la resolución de instancia recurrida, imponiendo las costas a la parte recurrente" (página 5).

5.- Suspensión. Por providencia de fecha 22 de abril de 2016, se acordó la suspensión de la tramitación del presente recurso de casación por la incidencia que pudiera tener en el mismo el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ["TJUE"] de dos cuestiones prejudiciales de interpretación acordadas por esta Sala en los autos de 10 de marzo de 2016 (casación número 3463/2014; ES:TS:2016:2075 A) y 11 de marzo de 2016 (casación número 3586/2014; ES:TS:2016:2073 A), hasta que las mismas fueran resueltas.

6.- Sucesión procesal. El 13 de diciembre de 2017, el procurador de la parte recurrente presentó escrito comunicando la absorción de su representada HIPERCOR S.A. por parte de la mercantil EL CORTE INGLÉS, S.A., justificando este extremo documentalmente mediante aportación de copia escritura pública de fusión, de fecha 2 de octubre de 2017, y así se hizo constar en la diligencia de ordenación de fecha 19 de diciembre del mismo año, teniendo por sustituida a una sociedad por otra.

7.- Sentencia del TJUE. El TJUE (Sala Primera) resolvió, en la sentencia de 26 de abril de 2018 (asuntos acumulados C-234/16 y C-235/16 ; EU:C:2018:281), las dos cuestiones prejudiciales planteadas, declarando lo siguiente:

"1) Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un **impuesto** como el controvertido en los litigios principales, que grava a los grandes establecimientos comerciales.

2) No constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, un **impuesto** como el controvertido en los litigios principales, que grava a los grandes establecimientos comerciales en función, fundamentalmente, de su superficie de venta, en la medida en que exonera a los establecimientos cuya superficie de venta sea inferior a 4 000 m². Tal **impuesto** tampoco es constitutivo de una ayuda de Estado a los efectos de la referida disposición en la medida en que exonera a los establecimientos que desempeñen actividades en el sector de la jardinería o de la venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales cuya superficie de venta no exceda de 10 000 m², cuando tales establecimientos no tengan un impacto negativo sobre el medioambiente y la ordenación del territorio tan intenso como los otros, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente".

8.- Alegaciones de las partes tras dictarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2018 (C-233/16). Como consecuencia de la precitada sentencia del TJUE, mediante providencia de 1 de junio de 2018, esta Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo alzó la suspensión del presente procedimiento y acordó dar traslado a las partes por plazo de diez días para que efectuaran las



alegaciones que tuvieran por conveniente sobre la incidencia de dicho pronunciamiento en la resolución del presente recurso de casación.

Por la letrada de los Servicios Jurídicos del Principado de Asturias se presentó escrito de alegaciones de fecha 12 de junio de 2018, en el que, "habida cuenta que la actora en el presente procedimiento, sustancialmente, hace reposar su pretensión anulatoria de la liquidación practicada sobre una supuesta vulneración del ordenamiento comunitario", solicita, "a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de abril de 2018 [...], la desestimación del recurso formulado de contrario" (página 3).

EL CORTE INGLÉS, S.A., formuló sus alegaciones por medio de escrito de 15 de junio de 2018, manifestando ser "parte actora en los recursos de casación en cuyo seno se han resuelto las cuestiones prejudiciales indicadas en el expositivo primero la "ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN" (ANGED)", de la que resulta ser "empresa asociada, motivo por el cual, en aras del principio de economía procesal, y dada la práctica identidad absoluta de lo alegado por la ANGED en uno y otro recurso de casación" hace suyas y reproduce "las alegaciones deducidas en el recurso de casación nº 3586/2014, presentadas el 29 de mayo de 2018" (páginas 1 y 2). Termina suplicando a la Sala "dicte Sentencia declarando: (i) La inaplicabilidad de la [LIGEC], en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, al dar lugar dos de los elementos esenciales de su hecho imponible a ayudas de Estado contrarias al artículo 108.3 del TFUE ; y (ii) La nulidad de los Reglamentos impugnados (Decreto 139/2009 -recurso de casación nº 3586/2014-; y Resolución de 3 de julio de 2003 -recurso de casación nº 3463/2014-) por haberse dictado en ausencia de fundamento legal efectivo y en infracción del artículo 108.3 del TFUE " (páginas 30 y 31).

Subsidiariamente, solicita a la Sala "el planteamiento de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado 2.a) del artículo 21.tres y del apartado 3 del artículo 21.cuatro, de la Ley del Principado de Asturias 15/2002 " (página 31).

QUINTO.- *Votación, fallo y deliberación del recurso.*

De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción , y considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, mediante providencia de fecha 22 de junio de 2018, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

Por providencia de fecha 15 de abril de 2019 se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara y señaló para votación y fallo de este recurso el día 18 de junio de 2019, fecha en que comenzó su deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este recurso es sustancialmente idéntico a otros en los que se plantean las mismas cuestiones, y, por ello, las respuestas que se den, también han de serlo, de ahí que, por todas, nos remitamos, específicamente, a nuestra sentencia 868/2019, a 21 de junio, recaída en el recurso núm. 417/2015 , de la cual tomamos, con las adaptaciones precisas, los razonamientos que se recogen en los fundamentos que siguen a éste.

SEGUNDO.- El presente recurso de casación interpuesto por HIPERCOR, que ha sido sucedido por EL CORTE INGLÉS, S.A., como consecuencia de la absorción de aquel por éste, ha sido interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de diciembre de 2014 , que desestimó el recurso del referido orden jurisdiccional número 67/2013, promovido por la citada mercantil frente a la resolución de la resolución de la Consejería de Hacienda y Sector Público del Principado de Asturias, de 19 de noviembre de 2012, que desestimó la reclamación económico-administrativa núm. 2011/0156 dirigida contra la liquidación del **Impuesto** sobre Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC), ejercicio 2011.

Como ha quedado explicitado en los antecedentes de hecho, la Sala de instancia se remite a las sentencias del Tribunal Constitucional 53/2014, de 10 de abril (ES:TC:2014:53) y de la propia Sala de 23 de septiembre de 2014 y 31 de julio de 2014 para dar respuesta a las alegaciones formuladas por la sociedad en relación con las dudas de constitucionalidad que le suscita la LIGEC y demás cuestiones referidas a la vulneración del Derecho comunitario y de legalidad ordinaria por parte del reglamento que la desarrolla.

Se remite igualmente a lo resuelto en la sentencia de 23 de septiembre de 2014 , ya citada, para desestimar las infracciones denunciadas respecto a la extralimitación reglamentaria. Descarta, asimismo, la existencia de vacío normativo y retroactividad de la resolución que aprueba el modelo 049 de declaración de alta, modificación y baja de datos tributarios de los establecimientos sujetos al IGEC.

Finalmente, considera realizado el hecho imponible del IGEC, sin que HIPERCOR hubiera acreditado que las inversiones efectuadas hubieran disminuido los perjuicios para el medio ambiente y ordenación territorio que



justificarían la aplicación de las reducciones legalmente previstas, como tampoco que el **impuesto** resultara confiscatorio.

TERCERO. - Como también ha quedado recogido en los antecedentes, HIPERCOR formuló dos motivos de casación, ambos al amparo del artículo 88.1, letra d), LJCA . En dichos motivos se denuncia la infracción por la sentencia que impugna de los artículos 49 TFUE , 31.3 y 133.2 CE , y 8, letras a) y d), LGT.

En el primero apunta la entidad recurrente que el IGEC es un tributo contrario al principio de libertad de establecimiento consagrado en el artículo 49 TFUE , al obstaculizar la implantación de grandes establecimientos comerciales en el territorio del Principado de Asturias.

Y en el segundo considera que el artículo 6 RIGEC infringe el principio de reserva de ley en materia tributaria, al restringir el ámbito material de la bonificación prevista en el artículo 21. once.1 LIGEC.

Por todo lo anterior, la mercantil interesa se case la sentencia impugnada y se anule el artículo 6 RIGEC.

Por su parte, la defensora del Principado de Asturias se opuso al recurso de casación, solicitando la desestimación del mismo, por los razonamientos que se han expuesto en los antecedentes.

CUARTO. - Descritos someramente los términos en que se formula el presente recurso de casación, procede entrar a analizar el primero de los motivos esgrimidos por HIPERCOR, en el que denuncia la vulneración del ordenamiento comunitario. Más concretamente, alega que la LIGEC contraviene el principio de libertad de establecimiento consagrado en el artículo 49 TFUE .

Pues bien, para resolver el motivo invocado basta recordar, como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho, que esta Sala planteó en otros recursos de casación varias cuestiones prejudiciales de interpretación al TJUE en relación con el tributo asturiano aquí discutido, cuestiones que, como también ha quedado expuesto, fueron resueltas por la sentencia de 26 de abril de 2018 (asuntos acumulados C-234/16 y C-235/16) en el sentido siguiente:

"1) Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un **impuesto** como el controvertido en los litigios principales, que grava a los grandes establecimientos comerciales.

2) No constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, un **impuesto** como el controvertido en los litigios principales, que grava a los grandes establecimientos comerciales en función, fundamentalmente, de su superficie de venta, en la medida en que exonera a los establecimientos cuya superficie de venta sea inferior a 4 000 m². Tal **impuesto** tampoco es constitutivo de una ayuda de Estado a los efectos de la referida disposición en la medida en que exonera a los establecimientos que desempeñen actividades en el sector de la jardinería o de la venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales cuya superficie de venta no exceda de 10 000 m², cuando tales establecimientos no tengan un impacto negativo sobre el medioambiente y la ordenación del territorio tan intenso como los otros, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente".

En la sentencia de esta Sala y Sección de 2 de octubre de 2018, dictada en el recurso de casación número 3586/2014 (ES:TS:2018:3618), se analizó el **impuesto** asturiano aquí discutido a tenor de la impugnación del RIGEC y se aplicó al mismo lo resuelto por el TJUE en la sentencia cuyo fallo acaba de reproducirse, quedando, por tanto, descartado que el IGEC fuera contrario al Derecho de la Unión Europea.

Y respecto a la posibilidad de que la exoneración prevista en la LIGEC a favor de aquellos establecimientos comerciales que desarrollaran ciertas actividades económicas constituyera una ayuda de Estado se dijo literalmente en dicha sentencia lo que sigue:

"[H]abiendo versado el litigio seguido en la instancia sobre la validez de las normas del Principado de Asturias que se han venido mencionando (el artículo 21 de la Ley 15/2002 y el Decreto 139/2009 que aprueba el Reglamento del IGEC), resulta irrelevante en el actual proceso jurisdiccional lo que se señala en la segunda declaración del TJUE sobre la verificación jurisdiccional del impacto negativo en el medio ambiente que puedan tener determinados establecimientos.

Y así ha de ser considerado porque tal verificación solo procederá cuando sean combatidos jurisdiccionalmente actos de aplicación a concretos establecimientos del tributo que es objeto de polémica" (FJ 7º).

En la sentencia de 22 de enero de 2019 (RCA/408/2017; ES:TS:2019:262), esta Sala dio cumplimiento a la labor de comprobación encomendada por el TJUE y recogida en la sentencia de 2 de octubre de 2018, declarando, en lo que a este recurso interesa, que "es cuando menos discutible que una empresa como la recurrente pueda cuestionar la legalidad de una liquidación tributaria por la sola razón de que otras empresas que no se encuentran en su misma situación no están sujetas al **impuesto** correspondiente.



No olvidemos que el supuesto de no sujeción que se analiza solo alcanza a los establecimientos comerciales que desempeñan única y exclusivamente actividades en el sector de la jardinería o de la venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales, siendo así que no consta -ni se ha alegado en modo alguno- que los establecimientos de la recurrente en casación se dediquen a aquellas actividades con la exclusividad que la norma exige.

En otras palabras, se afirma que debe anularse un **impuesto** girado a quien realiza el hecho imponible por la única circunstancia de que otros, que no son comparables con la recurrente en cuanto ejercen su actividad de manera distinta a la prevista en el supuesto legal, aparecen como no sujetos.

[...] En cualquier caso, acudiendo a las reglas de distribución de la carga de la prueba, ha de partirse de que el legislador -como se encarga de recordar el Tribunal de Luxemburgo- ha incorporado razones objetivas del supuesto de no sujeción que, en principio, pueden justificar que no existe la ventaja fiscal aducida por la recurrente.

Tales justificaciones están asociadas a las concretas actividades desarrolladas por las empresas legalmente no sujetas y a la necesidad de contar con más espacio que el general para ejercerlas, siendo así que, como recuerda la sentencia de 26 de abril de 2018, la determinación del umbral de superficie correspondiente (10.000 metros cuadrados, en el caso) "entra dentro del margen de apreciación del legislador" en un **impuesto** que persigue un objetivo -medioambiental- con el que "es coherente (...) un criterio basado en la superficie", pues "no puede negarse que el impacto medioambiental de los establecimientos comerciales depende en gran medida de sus dimensiones".

La parte recurrente no ha desvirtuado de manera suficiente las justificaciones expresadas por el Principado de Asturias, ni puede afirmarse en absoluto que sus alegaciones demuestren que el margen de apreciación con el que la Comunidad Autónoma cuenta haya sido ejercido de manera incorrecta.

Desde luego no se desprende la alegada falta de justificación objetiva de la ventaja fiscal otorgada del estudio elaborado por la cátedra UNESCO de Territorio y Medio Ambiente de la Universidad Rey Juan Carlos, pues las afirmaciones que en el mismo se contienen sobre la "falta de racionalidad entre los sujetos pasivos y los exentos en los términos exigidos por el artículo 107 TFUE", así como en relación con la "inexistencia de datos técnica y científicamente validables que estimen en términos adecuados la contaminación atmosférica y resto de impactos de tráfico rodado" resultan abiertamente contradictorias con la doctrina del Tribunal de Luxemburgo establecida en la sentencia de abril de 2018, de continua cita, pues en la misma no solo se convalida, desde el punto de vista del Derecho Europeo, un **impuesto** como el que nos ocupa a tenor de sus objetivos y finalidades, sino que se afirma con claridad (i) que es coherente con tales designios un criterio basado en la superficie, (ii) que la determinación de cuál haya de ser dicha superficie es apreciable libremente por el legislador nacional y (iii) que las justificaciones ofrecidas al respecto para excluir a ciertos establecimientos son, en principio, razonables, aunque verificables por el juez nacional.

Entendemos, en definitiva, que no se han desvirtuado las razones ofrecidas por el legislador para excluir del **impuesto** ciertas actividades cuando se desarrollan en superficies superiores al umbral general y que, en todo caso, la parte recurrente no ha probado que tales establecimientos comerciales (que desempeñan única y exclusivamente actividades en el sector de la jardinería o de la venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales y cuya superficie de venta no excede de 10.000 metros cuadrados) tienen un impacto negativo sobre el medioambiente y la ordenación del territorio tan intenso como los que sí se consideran sujetos" (FD Cuarto 4 y 5).

En fin, conforme a lo hasta aquí expuesto, el motivo no puede ser acogido, pues un **impuesto** como el IGEC no vulnera el artículo 49 TFUE ni constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE por gravar a los grandes establecimientos comerciales en función, fundamentalmente, de su superficie de venta, en la medida en que exonera a los establecimientos cuya superficie de venta sea inferior a 4 000 m², como tampoco lo es en la medida en que exonera a los establecimientos que desempeñen actividades en el sector de la jardinería o de la venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales cuya superficie de venta no exceda de 10 000 m².

Esta argumentación, por lo demás, justifica que no se plantee la cuestión prejudicial solicitada en el segundo otrosí del escrito de interposición del presente recurso de casación, ni tampoco se acceda a los restantes pedimentos contenidos en el mismo.

QUINTO. - El segundo motivo de casación planteado por HIPERCOR, ha sido resuelto por esta misma Sala y Sección en la sentencia de 2 de octubre de 2018, ya citada. De manera que los razonamientos que se exponen a continuación son, por elementales exigencias de los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica, reproducción de los incluidos en aquella:



"Lo que ha efectuado la sentencia recurrida ha sido un contraste entre el artículo 21. once.1 de la Ley 15/2002 del Principado y el artículo 6 del Reglamento del IGEC (Decreto 138/2009) que desarrolla dicha Ley, llegando a la conclusión de que esta norma reglamentaria no incurre en exceso en relación con lo regulado y autorizado por la mencionada Ley; sin que la Sala de instancia haya hecho razonamiento alguno sobre que en la normativa tributaria del Principado de Asturias no haya de ser observado el principio de reserva de ley en materia tributaria que garantizan los preceptos constitucionales y de la LGT que la casación denuncia como infringidos.

Desde la anterior premisa esa segunda infracción (la del principio de reserva de ley) que es denunciada en el primer motivo de casación tampoco puede alcanzar éxito, por las razones que seguidamente se expresan.

La primera es que el control jurisdiccional de la interpretación y aplicación de normas autonómicas, incluido el concerniente a la cuestión de si una determinada norma reglamentaria de una Comunidad Autónoma se ajusta o no a los mandatos de la ley de ese mismo ente territorial que desarrolle, finaliza en el Tribunal Superior de Justicia del correspondiente territorio (artículo 86.2 de la LJCA , en relación con el artículo 152.1 de la Constitución).

Y la segunda, derivada de la anterior, es que la invocación que se hace en el actual recurso de casación de los preceptos constitucionales y de la LGT reguladores del principio de reserva de ley en materia tributaria es meramente instrumental" (FJ 7º).

En idénticos términos se pronuncia el fundamento jurídico octavo de la sentencia de 11 de octubre de 2018, dictada en el recurso de casación 3463/2014 (ES:TS:2018:3563), en la que se analizó el IGEC exigido en el territorio del Principado de Asturias a tenor de la impugnación de la resolución de 3 de julio de 2003 por la que se aprobó el modelo 049 de datos tributarios de los establecimientos sujetos al IGEC.

Ha de rechazarse, por tanto, el segundo motivo de casación que descansa en la vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria.

SEXTO.- Resta por añadir, como ya se hizo también en el fundamento jurídico décimo de la sentencia de 11 de octubre de 2018 , que "el escrito de la parte recurrente en casación en respuesta a la providencia por la que esta Sala ordenó dar traslado a las partes para que formularan alegaciones, en lo que a su derecho conviniera, sobre la incidencia en este asunto de los pronunciamientos del TJUE", escrito que reproduce las alegaciones formuladas por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución en los recursos de casación que aquellas resuelven, "introduce cuestiones manifiestamente ajenas al ámbito de la audiencia conferida, constreñida a ese concreto punto, y no puede constituir una oportunidad, con menor razón en un recurso extraordinario de casación, para suscitar al Tribunal cuestiones nuevas".

SÉPTIMO. - La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la desestimación del recurso de casación formulado por HIPERCOR, pues la sentencia que impugna, al desestimar el recurso contencioso-administrativo dirigido contra la liquidación del IGEC, ejercicio 2011, resulta ser conforme a Derecho, sin que proceda, pues, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solicitada.

OCTAVO. - El rechazo del presente recurso de casación determina la imposición de una condena en costas en aplicación de lo establecido en el artículo 139 LJCA .

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 LJCA , señala como cifra máxima a que asciende esa imposición de costas, por la totalidad de los conceptos comprendidos en ellas, la de ocho mil euros.

Y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios habituales seguidos por esta Sala y, desde ellos, se pondera la complejidad de lo suscitado en el recurso de casación presentado y la dedicación requerida para formular el escrito de oposición.

FALLO

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

1. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por HIPERCOR (sucedido después por EL CORTE INGLÉS, S.A.), contra la sentencia número 1043/2014, de 30 de diciembre de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso número 67/2013 .
2. Imponer a la parte recurrente las costas procesales devengadas, con la limitación que se expresa en el último fundamento jurídico de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.



D. Jose Diaz Delgado D. Angel Aguallo Aviles

D. Jose Antonio Montero Fernandez D. Jesus Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN . Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ