



Roj: **STSJ PV 2773/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:2773**

Id Cendoj: **48020330032017100442**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **07/07/2017**

Nº de Recurso: **353/2017**

Nº de Resolución: **413/2017**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 353/2017

SENTENCIA NUMERO 413/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DÑA.MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO

MAGISTRADOS:

D.JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

DÑA.TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En la Villa de Bilbao, a siete de julio de dos mil diecisiete. La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 21.02.2017 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN en el recurso contencioso-administrativo número 93/2016 .</p> Son parte:

APELANTE

RED FUEL CARDS EUROPE GMBH, representado por la procuradora DÑA.MARIA BEGOÑA ALVAREZ LOPEZ y dirigido por el letrado D.CELSO CAÑIZARES PACHECO.

APELADO

GIPUZKOAKO FORU ALDUNDIA-DIPUTACION FORAL GIPUZKOA, representado por la procuradora DÑABEGOÑA URIZAR ARANCIBIA y dirigido por el letrado D.JOSE LUIS HERNANDEZ GOICOECHEA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilma. Sra. Dª. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso ¿ Administrativo número 1 de San Sebastián dictó, en los autos de procedimiento ordinario 93/2016, sentencia 34/2017, de veintiuno de febrero . Contra esta resolución, la representación procesal de Red Fuel Cards Europe GmbH presentó, el día catorce de marzo del corriente, recurso de apelación ante esta sala. Dicho recurso terminaba suplicando que se anulara la sentencia de instancia, dejándola sin efecto y acordando lo siguiente:



1. Anular el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa de fecha de siete de enero de 2016, por el que se desestimó la solicitud de responsabilidad presentada en fecha de trece de abril de 2015, por no ser conforme a derecho.
2. Declarar la responsabilidad patrimonial de la Diputación Foral de Guipúzcoa por el establecimiento y recaudación del Impuesto de Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos en contra del ordenamiento jurídico europeo, ordenando la indemnización del perjuicio antijurídico sufrido por Red Fuel Cards Europe GmbH por importe de 49.220,27 euros, junto con los correspondientes intereses de demora.
3. Condenar en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- El dieciséis de marzo del corriente, la señora letrada de la administración de justicia dictó diligencia de ordenación a través de la cual se admitía a trámite el recurso interpuesto. Asimismo, se acordaba dar traslado a las demás partes a efectos de que, en su caso, formalizasen su oposición. La Diputación Foral de Guipúzcoa dio cumplimiento a este trámite por medio de escrito presentado el día veintiséis de marzo del corriente. Este terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que, desestimando el recurso de apelación, confirmara en todos sus términos la sentencia de veintiuno de febrero del corriente, dictada en el presente procedimiento, con expresa imposición de costas a la parte recurrente en importe fijado en sentencia por la sala.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta sala, se designó magistrada ponente. Al no haberse solicitado recibimiento a prueba ni celebración de vista o presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día veintisiete de junio del corriente, en que tuvo lugar la diligencia. Seguidamente, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SENTENCIA APELADA.

A través del presente recurso, Red Fuel Cards Europe GmbH se alza contra la sentencia 34/2017, de veintiuno de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso y Administrativo número 1 de los de San Sebastián en sus autos de procedimiento ordinario 93/2016. Esta sentencia desestimó el recurso planteado por la mencionada entidad contra el acuerdo de la Diputación Foral de Guipúzcoa de siete de enero de 2016, mediante el cual se resolvió la reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con el impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos.

El juzgador de instancia explica que nos encontramos ante un caso de responsabilidad patrimonial del estado legislador, si bien con la singularidad de la intervención del Territorio Histórico de Guipúzcoa, al haber aprobado este la Norma Foral 2/2002. No obstante, explica que esta norma ha de ser comprendida a la luz de los artículos 33 y 34 de la Ley 12/2002 que establecía el **Concierto Económico**. De esos preceptos extrae la conclusión de que no hay una competencia estricta en la regulación del tributo que ahora nos ocupa. Por tanto, sería de aplicación la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo de cinco de diciembre de 2012. De ella se derivaría que no hay responsabilidad atribuible a la administración demandada. El motivo sería que la relación de causalidad de los daños ocasionados por la aplicación del impuesto correspondería única y exclusivamente a la Administración del Estado.

SEGUNDO.- POSICIÓN DE LA PARTE APELANTE.

Frente a esta decisión se alza la entidad apelante. Red Fuel Cards Europe GmbH explica que el juzgador de instancia asimila, a su juicio de forma incorrecta, la tasa sobre los juegos de azar al IVMDH. No obstante, entre ellos existirían claras diferencias.

Para empezar, reconoce que en ambos casos nos encontramos con que la normativa foral reguladora de tributos antijurídicos es una reproducción de la normativa estatal. Sin embargo, el margen de actuación sería muy diferente en cada uno de estos supuestos. Indica que, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, los tratados fundacionales impondrían a los estados miembros el deber de respetar los principios de primacía del Derecho de la Unión Europea y cooperación leal. De tal modo que habría que valorar si la actuación de la administración demandada fue o no respetuosa con las obligaciones derivadas de esos tratados.

A continuación, explica que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea obliga a las autoridades nacionales a no aplicar sus normas domésticas cuando sean incompatibles con el acervo jurídico de la Unión. La aplicación de este principio al caso que ahora nos ocupa determinaría que las disposiciones de la Directiva 92/12/CEE habrían de prevalecer necesariamente frente a las legislaciones internas que la contradijeran. Entre esas legislaciones nacionales se encontraría la Norma Foral 2/2002, de veinte de marzo, del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. Por tanto, la Diputación Foral de Guipúzcoa tenía la



obligación de soslayar los artículos 33 y 34 del **Concierto Económico** para evitar aprobar una norma foral contraria al Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, la administración demandada decidió implantar el tributo por considerar, tal y como se recoge en el preámbulo de la norma, "conveniente el establecimiento de esta nueva figura impositiva dentro del sistema tributario del Territorio Histórico de Guipúzcoa". Dado que la Diputación Foral de Guipúzcoa no aplicó el principio de primacía, habría incurrido en responsabilidad patrimonial por vulneración del ordenamiento de la Unión Europea.

Seguidamente, aborda el principio de cooperación legal. Este supone que los estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno efecto de la norma de la Unión Europea. Esta labor involucraría a todos los poderes del estado. Pues bien, con anterioridad a la entrada en vigor del IVMDH, la Comisión Europea ya había advertido al Reino de España de que consideraba que dicho tributo era incompatible con la Directiva 92/12/CE. De tal modo que la administración demandada tenía que conocer de sobra cuál era el criterio de la Unión Europea. Pese a ello, entre 2005 y 2009 se recaudaron a la recurrente las cuotas del IVMDH. Esto le produjo un perjuicio patrimonial cuya reparación es la que ahora se solicita. A partir de ahí, considera que lo correcto es dirigir la reclamación contra la administración que estableció y recaudó de forma indebida el impuesto.

A continuación, el recurso apunta otra diferencia entre el supuesto que ahora nos ocupa y la tasa sobre los juegos de azar a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de cinco de diciembre de 2012 que aplica el juzgado de instancia para fundamentar su resolución. Explica que en el caso de los juegos de azar, el alto tribunal fundó su decisión en un dictamen del Consejo de Estado de fecha de catorce de enero de 2010 que atribuía la legitimación pasiva en el procedimiento de responsabilidad a la administración del estado. Sin embargo, en el supuesto ahora examinado no habría ningún pronunciamiento similar, más allá del propio acuerdo de la Diputación Foral de Guipúzcoa que se está impugnando.

Por otro lado, razona el recurso que, a la vista del incumplimiento por parte de la Diputación Foral de Guipúzcoa de sus obligaciones, sería esta la destinataria adecuada de la reclamación. Ello por cuanto, según su criterio, quien se ha beneficiado de un incumplimiento es el obligado a resarcir el daño causado. Estima que, de no hacerse así, la administración demandada estaría contraviniendo el sistema de financiación establecido en el **concierto económico**, en la medida en que ella sería la beneficiada por los ingresos generados por el tributo antijurídico. Sin embargo, la carga de reparar el perjuicio patrimonial producido por la exacción del tributo se haría recaer sobre la Administración General del Estado. Esto provocaría un enriquecimiento injusto.

Seguidamente, la defensa de Red Fuel Cards Europe GMBH explica que, según su criterio, la Diputación Foral de Guipúzcoa habría incumplido con su obligación de traer al procedimiento administrativo a la administración que consideraba legitimada pasivamente. Razona que, en su escrito inicial, la entidad solicitó que, de estimarse que había otra administración que hubiera colaborado en la producción del daño, se le diera audiencia en el procedimiento. Considera que, a la vista del artículo 18.2 del Real Decreto 429/1993, de veintiséis de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (vigente en ese momento), es responsabilidad de la administración que tramita el procedimiento y considera a otra como responsable, el traer a esta al procedimiento. Sin embargo, la Diputación Foral de Guipúzcoa incumplió esta obligación. Ello supondría la concurrencia en la tramitación del procedimiento de un defecto invalidante que habría menoscabado el derecho de la recurrente a obtener la indemnización que en derecho procediera y el derecho de defensa de la Administración General del Estado. Por ese motivo, solicita que, con carácter subsidiario, se anule el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa, por incumplimiento del Real Decreto 429/1993, ordenando la retroacción de las actuaciones para la subsanación de los vicios denunciados.

TERCERO.- POSICIÓN DE LA PARTE APELADA.

Por su parte, la Diputación Foral de Guipúzcoa defiende la corrección de la sentencia apelada. Explica que, en relación a este impuesto, su capacidad normativa era la misma que la de cualquier comunidad autónoma. De tal modo que carecía de capacidad para inaplicar la ley reguladora del IVMDH. De hecho, aun cuando no se hubiera dictado la norma foral, el tributo habría sido aplicable en Guipúzcoa. En la medida en que la Diputación Foral de Guipúzcoa no tenía capacidad de decisión sobre esta materia, la responsabilidad correspondería en exclusiva al estado.

Por otro lado, explica que no nos encontramos ante un procedimiento para la devolución de lo incorrectamente cobrado. De ser así, tendría sentido el argumento de la entidad recurrente basado en el enriquecimiento injusto. Sin embargo, lo que se estaría discutiendo es una posible responsabilidad patrimonial de la administración. Y, para que prospere esta pretensión, es indispensable que la administración a la que se reclama sea la autora del daño cuya reparación se pretende. Ahora bien, en este caso, la que implantó el impuesto fue la Administración del Estado. De tal modo que sería a ella a quien correspondería la obligación de reparar el daño causado.



Seguidamente, la Diputación Foral de Guipúzcoa niega haber incumplido ninguna obligación por no haber traído al procedimiento administrativo a la Administración del Estado. Señala que es al recurrente a quien corresponde decidir contra quién se dirige su acción y no puede achacarse al demandado que no haya subsanado el error de aquel. Además, niega que nos encontremos ante un caso de concurrencia de administraciones en la producción del daño. Por lo tanto, las alusiones normativas contenidas en el recurso no serían de aplicación.

A continuación, explica que la cuestión planteada en este procedimiento ya ha sido resuelta tanto por el Tribunal Supremo como por esta sala.

CUARTO.- Tal y como explica la Diputación Foral de Guipúzcoa en su escrito de oposición al recurso de apelación planteado por Red Fuel Cards Europe GMBH, la cuestión suscitada en este procedimiento ya ha sido resuelta por esta sala y sección en la sentencia 133/2017, de uno de marzo (recurso de apelación 1.144/2016). En ella razonábamos lo siguiente:

"Ahora bien, no podemos pasar por alto el hecho de que el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos se introdujo por el artículo 9 de la Ley 24/2001, de veintisiete de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Y su disposición segunda, que regulaba su ámbito territorial de aplicación, preveía la exigibilidad del impuesto en todo el territorio español, con la sola excepción de Canarias, Ceuta y Melilla. A partir de ahí, le asiste la razón a la administración demandada cuando indica que el motivo por el que se dictó la Norma Foral 6/2002 fue la necesidad de dar cumplimiento al imperativo legal introducido por el mencionado precepto.

Teniendo en cuenta lo explicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (expuesta ya por la juzgadora de instancia) es clara cuando excluye la responsabilidad patrimonial de las comunidades autónomas por estos hechos. Así, entre otras muchas, la sentencia de la sección 4ª del Tribunal Supremo de veinticuatro de febrero de 2016 (recurso 195/2015; ponente Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas), razona lo siguiente:

"B) La relación de causalidad es exclusiva toda vez que el daño ocasionado al recurrente deriva de la aplicación de una ley estatal, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que alumbra el impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos.

No se trata de determinar, a los efectos que ahora enjuiciamos, qué administración o administraciones se han beneficiado de los rendimientos de dicho impuesto, sino qué administración o administraciones son responsables de su implantación. Y si bien es cierto que la configuración del impuesto permite que junto al tipo estatal, se aprueben tipos impositivos adicionales por las comunidades autónomas, y así lo hicieron algunas, lo cierto es que es la citada Ley 24/2001 la que establece un diseño y estructura del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea. Es el artículo 9 de la Ley 24/2001 el que trasgrede el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales armonizados, dando lugar al ingreso de cantidades económicas por la aplicación de un impuesto, cuya invalidez ha sido declarada. Manteniéndose en vigor durante más de diez años, sin que fuera derogado por quien tenía la competencia para hacerlo.

Téngase en cuenta, por lo demás, que estamos enjuiciando la legalidad de una denegación de reclamación por responsabilidad patrimonial y no de una devolución de ingresos indebidos, pues esta última, efectivamente, se presenta ante la administración que ha recibido el ingreso indebido, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial, ante la administración autora de la actuación que causa el daño que debe ser reparado.

Acorde con lo expuesto, por tanto, no estamos ante un supuesto de gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación, o de concurrencia de administraciones en la producción del daño, previstos en artículo 140 de la Ley 30/1992. El daño tiene su origen exclusivo en la Ley 24/2001, que configura un impuesto que vulnera el Derecho comunitario y permite la creación de tipos adicionales por las comunidades autónomas. Lo relevante, en definitiva, es la concurrencia de los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial, determinando la acción que, de modo exclusivo, produce la lesión que debe ser indemnizada. Dicho de otro modo, la condición necesaria para ocasionar el perjuicio **económico** padecido por la parte recurrente es la Ley 24/2001, sin dicha actuación no se hubiera producido, en ninguna de las cantidades abonadas. Y ello no sucede con las leyes autonómicas que se dictaron, por algunas comunidades autónomas, al amparo de la citada ley estatal".

De lo dicho resulta con claridad que la responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la aplicación del Impuesto sobre Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos únicamente puede exigirse frente a la Administración del Estado, que es la que implantó el impuesto en cuestión. De tal modo que, tal y como explica el Tribunal Supremo, sin la Ley 24/2001 nunca se habría producido perjuicio alguno a la apelante".



Este razonamiento es plenamente aplicable al caso que nos ocupa y sirve para desestimar el recurso de apelación. De hecho, explica incluso que no nos encontramos ante un supuesto de concurrencia de las administraciones en la producción del daño. Por tanto, no tendría tampoco cabida la pretensión subsidiaria planteada por Red Fuel Cards europe GmbH. Pero es que, en cualquier caso, la recurrente únicamente introdujo esa pretensión subsidiaria en su recurso de apelación y, por tanto, de forma extemporánea. A este respecto, hemos de recordar que la función del recurso de apelación es la de realizar una valoración crítica de la sentencia de instancia para que esta pueda ser examinada por el tribunal superior. No cabe, pues, introducir en este momento nuevas pretensiones sobre las que el juzgador de instancia no tuvo oportunidad de pronunciarse. De acuerdo con lo razonado, solo es posible la confirmación de la sentencia de instancia en su integridad.

QUINTO.- COSTAS.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de trece de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso ¿ Administrativa y no concurriendo ninguna circunstancia extraordinaria, procede la imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante.

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación 353/2017 interpuesto por la representación procesal de Red Fuel Cards Europe GmbH contra la sentencia 34/2017, de veintiuno de febrero, del Juzgado de lo Contencioso ¿ Administrativo número 1 de los de San Sebastián , que confirmamos íntegramente.

Imponemos las costas causadas en esta instancia a la parte apelante.

Devuélvase al juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto junto con testimonio de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0353 17, un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.