

**BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE**

Referencia: NFJ059024

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

Sentencia 420/2015, de 29 de mayo de 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 599/2013

**SUMARIO:**

**Procedimiento de revisión en vía administrativa. Procedimientos especiales. Devolución de ingresos indebidos. IVA. Deducciones. Regla de prorata. Supuestos de aplicación. Obtención de subvenciones vinculadas al precio. Políticas y principios del Derecho Comunitario. Principio de primacía. Principio de equivalencia.** La STJCE, de 6 de octubre de 2005, asunto n.º C-204/03 (NFJ020809) consideró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho comunitario y, en particular, los arts. 17.2, 17.5, y 19 Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo (Sistema Común del IVA: Base imponible uniforme) al prever una prorata de deducción del IVA soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limitaba el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones. Pues bien, no se comparte el criterio de la resolución del TEAR (que deniega la rectificación de la autoliquidación del IVA y devolución de los ingresos indebidos) puesto que la existencia de una liquidación firme no constituye un obstáculo insalvable para instar y obtener la devolución, pues el principio de equivalencia proclamado por una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, exige que la regulación nacional de la devolución de los ingresos indebidos como consecuencia de un incumplimiento de las Directivas no sea en ningún caso «menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna». En definitiva, el procedimiento de revocación es la vía que debió utilizar la Administración porque la referida sentencia del TJCE no existía en el momento en el que se dictó el acto de aplicación de la no deducción del IVA soportado, en segundo lugar, afecta a una situación jurídica particular al no haberse dictado liquidaciones al amparo de la normativa española contraria a la Sexta Directiva, y en tercer lugar, se pone de manifiesto la improcedencia del acto dictado por aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario. Por otro lado, diversas sentencias del Tribunal Supremo han considerado nulos de pleno derecho los actos de aplicación de preceptos legales contrarios a la Constitución por quebrantar sus principios sustantivos. Pues bien, las consecuencias de la violación de las normas de Derecho Comunitario no deben ser inferiores a las derivadas del incumplimiento de la Constitución. Lo contrario supondría una interpretación restrictiva de la aplicación de las normas comunitarias.

**PRECEPTOS:**

Ley 58/2003 (LGT), arts. 101.3, 216, 219 y 221.3.

Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), art. 102.

Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo (Sistema Común del IVA: Base imponible uniforme), arts. 17.2 y 5 y 19.

**PONENTE:***Don José Manuel González Rodríguez.*

Magistrados:

Don JOSE MANUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Don JULIO LUIS GALLEGO OTERO

Don RAFAEL FONSECA GONZALEZ

**T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)**

OVIEDO

SENTENCIA: 00420/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: PO 599/13

RECURRENTE: TEATRO JOVELLA NO S DE GIJON, S.A.

PROCURADOR: D<sup>a</sup> ISABEL GARCIA-BERNARDO PENDAS

RECURRIDO: T.E.A.R.A.

REPRESENTANTE: SR. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Julio Luis Gallego Otero

Magistrados:

D. Rafael Fonseca González

D. José Manuel González Rodríguez

En Oviedo, a veintinueve de mayo de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 599/13 interpuesto por el Teatro Jovellanos de Gijón, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel García-Bernardo Pendás, actuando bajo la dirección Letrada de D. José Manuel Carro Martín, contra el T.E.A.R.A., representado por el Sr. Abogado del Estado. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel González Rodríguez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia en la que estimando el recurso interpuesto, revoque la resolución recurrida por no estar ajustada a derecho, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, solicitó el recibimiento del recurso a prueba.

#### **Segundo.**

Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

#### **Tercero.**

No habiéndose solicitado el recibimiento del procedimiento a prueba, ni estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

**Cuarto.**

Se señaló para la votación y fallo del presente el día 27 de mayo pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

- Se impugna por la representación procesal de la sociedad recurrente la Resolución del Tribunal Económico- Administrativo Regional del Principado de Asturias, de fecha 10 de mayo de 2013, que desestimó la Reclamación interpuesta contra el Acuerdo de resolución de certificación de autoliquidación, de fecha 28 de febrero de 2012, dictado por el Jefe de la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de Gijón, desestimatorio de su solicitud de certificación de autoliquidación por el IVA correspondiente al ejercicio 2001, Cuarto Trimestre, y la subsiguiente devolución de la cuantía indebidamente ingresada.

**Segundo.**

- Los motivos en los que la entidad recurrente sustenta la demanda son los siguientes: 1º) La petición de rectificación de autoliquidación se ha efectuado conforme al procedimiento previsto en el R.D. 1065/2007, dentro del plazo prescriptivo y cumpliendo todos los requisitos exigibles, y ello por haberse interrumpido la prescripción con la certificación de 30 de enero de 2007, por no tratarse de una Liquidación Definitiva ( art. 101.3 LGT ), y porque el motivo que justifica la solicitud de certificación no fue valorado por la Inspección; 2º) Posibilidad, en aplicación del Principio de Economía Procesal, de que la Sala entre a valorar la adecuación de la ejecución llevada a efecto; y 3º) Subsidiariamente, concurrencia de un supuesto de nulidad radical del art. 102, Ley 30/92 , que justificaría la procedencia de la devolución, debido al efecto directo y primacía de las Directivas.

**Tercero.**

El Sr. Abogado del Estado contestó a la Demanda oponiéndose a sus pretensiones por prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos, por haber ganado firmeza la Resolución de 26-1-2007, que en ejecución de Sentencia dejó sin efecto la liquidación dictada en 2003 de regularización por IVA-2001, y porque la solicitud relativa al inicio del expediente de responsabilidad patrimonial resulta inadmisibles por razones procesales y de fondo.

**Cuarto.**

La sentencia de TJCE de 6/10/05, dictada en el asunto C-204/03 considera que España ha incumplido sus obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de los artículos 17, apartados 2 y 5 , y 19 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977 , Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios al prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones.

Es relevante para la resolución del caso que el Gobierno español solicitó, para el caso de que no prosperasen sus tesis en defensa de la adecuación del precepto del Derecho comunitario, que se declarase la irretroactividad de la sentencia (apdo. 20). Pues bien, el TJCE deniega esa irretroactividad de su Sentencia con el siguiente argumento: "Por lo que respecta a la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia que ha solicitado el Gobierno español, debe recordarse que solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a establecerla" (apdo. 29). "Para ello, como ha señalado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, es necesario que pueda acreditarse que las autoridades estatales fueron incitadas a adoptar una normativa o a observar una conducta contraria al Derecho comunitario en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión. Pues bien, en este caso no existía tal incertidumbre. No procede, por tanto, limitar los efectos en el tiempo de la presente sentencia" (apdo. 30).

Lo anterior supone que, al no haberse limitado los efectos de la Sentencia, su eficacia es "ex tunc", esto es, de origen, siendo obligación del Estado "reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional", reparación que, al no existir normativa comunitaria sobre el particular, se hará de conformidad con el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro ( STJCE de 19 de noviembre de 1991, Andrea Francovitch,

Danila Bonifaci y otros contra la República Italiana (asuntos C-6/90 y C-9/90, apdo. 42). A partir de la sentencia Francovitch, de 19 de noviembre de 1991, queda clara la obligación del Estado de reparar el perjuicio causado a los particulares por no haber ejecutado la Directiva, siempre que concurren los tres requisitos siguientes: que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en la Directiva y que exista un nexo causal entre el incumplimiento del Estado y el daño originado a los particulares.

De otra parte, en el acervo jurisprudencial que ha venido elaborando el TJCE aparecen un conjunto de principios que afectan directamente a los jueces nacionales, no solo como ejecutores de las sentencias del TJCE, sino como órganos del principio de autonomía institucional y procedimental que es un elemento esencial del Derecho Comunitario, cuya aplicación debe atemperarse teniendo en cuenta las exigencias de los principios de equivalencia y efectividad, dos pilares esenciales en la construcción del Derecho Comunitario. El primero garantiza que la protección dispensada por los Estados miembros al ejercicio de los derechos derivados de la normativa comunitaria sea equiparable a la que se dispensa al ejercicio de los derechos internos, atribuidos por las normas nacionales. El segundo exige que el ejercicio de los derechos comunitarios no pueda dificultarse hasta hacerse imposible o excesivamente difícil (una reciente Sentencia- STJCE de 15 de marzo de 2007. REEMTSM, C-35/05 ha reiterado que cuando la devolución del Impuesto comunitario indebidamente exigido resulte imposible o excesivamente difícil, atendidos los procedimientos internos que deben aplicarse para exigir dicha restitución, los Estados miembros deben establecer los cauces necesarios con el fin de hacer posible la recuperación de lo que se haya pagado violando el ordenamiento comunitario).

La Sala no comparte el criterio de la resolución del TEAR porque la existencia de una liquidación firme no constituye un obstáculo insalvable para instar y obtener la devolución, pues el principio de equivalencia proclamado por una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, exige que la regulación nacional de la devolución de los ingresos indebidos como consecuencia de un incumplimiento de las Directivas no sea en ningún caso "menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna".

La Sala considera que existen dos motivos o causas para declarar la disconformidad a derecho de la resolución recurrida:

I. El artículo 221.3 de la nueva Ley General Tributaria permite expresamente instar la devolución de ingresos indebidos, aunque exista un acto administrativo firme, a través de alguno de los procedimientos especiales de revisión establecidos en los párrafos a), c) y d) del artículo 216, o mediante el recurso extraordinario de revisión regulado en el art. 244. Y dentro de estos procedimientos el aplicable al caso enjuiciado es el de la letra c) del art. 216.1 de la nueva LGT (revocación), el cual procede cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado ( art. 219 LGT ), y una de las circunstancias sobrevenidas es la aplicación de la normativa española contraria al derecho comunitario, por lo que por la aplicación del procedimiento de revocación se reparan las consecuencias del perjuicio causado. Y por tanto al ser los efectos de la sentencia "ex tunc", es decir, de origen, la Sala en el presente proceso jurisdiccional al concurrir todos los requisitos para la revocación del acto, considera que debe procederse a la devolución de los ingresos indebidos. Y es más, la STS de fecha 28 de marzo de 2006, en relación a la inconstitucionalidad de un recargo establece "Parece evidente que el principio de buena fe, que ha de presidir las relaciones de la Administración con los administrados, impone que en supuestos como el enjuiciado en los que la Administración ha exigido un recargo a los administrados en cumplimiento de una ley que así lo disponía, cuando esa misma Administración tenga conocimiento de la inconstitucionalidad de ese recargo proceda de oficio a iniciar los trámites de su devolución a quienes confiaron, de buena fe, que su exigencia y pago se derivaba de una norma legítima, pero que el tiempo venía a demostrar que no ostentaba esa condición". En definitiva, el procedimiento de revocación es la vía que debió utilizar la administración porque la sentencia del TJCE de fecha 6 de octubre de 2005, no existía en el momento en el que se dictó el acto de aplicación de la no deducción del IVA soportado, en segundo lugar, afecta a una situación jurídica particular al no haberse dictado liquidaciones al amparo de la normativa española contraria a la Sexta Directiva, y en tercer lugar, se pone de manifiesto la improcedencia del acto dictado por aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario.

II. En segundo lugar, diversas sentencias del Tribunal Supremo han considerado nulos de pleno derecho los actos de aplicación de preceptos legales contrarios a la Constitución por quebrantar sus principios sustantivos ( STS 22 de febrero de 2005, 12 de abril de 2005, 26 de abril de 2005 ) y en la sentencia de fecha 28 de marzo de 2006 se expresa que "El problema, pues, estriba en determinar si la Sala "a quo", no obstante haber enjuiciado una denegación de petición de revisión por manifiesta infracción legal ( art. 154 LGT 1963 ), podía o debía reconducirla a una revisión por nulidad de pleno derecho. La respuesta afirmativa se impone, incluso desde el planteamiento de la sentencia recurrida, tan pronto se considere la imposibilidad de desestimarla por las razones en aquella expuestas, según acaba de argumentarse". El Tribunal Supremo considera que la aplicación de un recargo, cuya norma había sido declarada inconstitucional, determina el grado máximo de nulidad. Pues bien, las consecuencias de la violación de las normas de derecho comunitario no deben ser inferiores a las derivadas del incumplimiento de la Constitución. Lo contrario supondría una interpretación restrictiva de la aplicación de las

normas comunitarias. En las sentencias Simmenthal (9 de marzo de 1978 ) y Factortame III (5 de marzo de 1996) el TJCE ha recordado expresamente que los jueces nacionales garantizan la plena eficacia del Derecho Comunitario y la protección de los derechos que confiere a los particulares, garantía que expresamente se extiende a la posibilidad de obtener una reparación en aquellos casos en que sus derechos son vulnerados como consecuencia de una violación del Derecho Comunitario que es directamente imputable a uno de sus Estados miembro.

A lo anteriormente indicado podríamos también añadir que ya en 1988 el TJCE, en Sentencia de 2 de febrero, asunto C- 309/85, reconoció que la firmeza de las situaciones no podía ser obstáculo decisivo para proceder a la restitución de lo ingresado indebidamente, vulnerando la legalidad comunitaria; y en la Sentencia KHÜNE, de 13 de enero de 2004, declaró que la jurisprudencia posterior del TJCE es una circunstancia nueva que permite la revisión o revocación de actos firmes, incluidas las sentencias que han adquirido el valor de cosa juzgada.

Por todo lo anteriormente razonado el presente recurso deberá, pues, prosperar.

#### **Quinto.**

Dadas las dudas de derecho que la cuestión pudiera suscitar, no se estiman méritos para efectuar una expresa imposición de costas ( art. 139.1, Ley 29/98 ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

### **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Isabel García- Bernardo Pendás, en nombre y representación de la entidad Teatro Jovellanos de Gijón, S.A., contra la resolución impugnada, que se anula por no ser conforme a derecho; reconociendo el derecho de dicha recurrente a la rectificación de sus autoliquidaciones y la declaración recapitulativa anual de IVA, correspondientes al año 2001, registrando como prorrata definitiva aplicable a dicho ejercicio el porcentaje del 100%, y por consiguiente que se contabilicen adicionalmente cuotas de IVA soportado deducibles por importe de 146.920,78 €. Asimismo, la devolución de las cantidades no deducidas por aplicación de la prorrata del 75% en el ejercicio 2001, cuyas autoliquidaciones y declaración recapitulativa se solicita rectificar, en la cuantía de referencia de este escrito por el importe total de 146.920,78 €.

Y sin expresa imposición de las costas procesales.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION PARA UNIFICACION DE DOCTRINA en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.