

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**

Referencia: NFJ062300

**TRIBUNAL SUPREMO**

Auto de 10 de marzo de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 3463/2014

**SUMARIO:**

**CC.AA. Asturias. Tributos propios. Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales. Políticas y principios del Derecho Comunitario. Libertad de establecimiento.** Se acuerda el planteamiento ante el TJUE de las siguientes cuestiones prejudiciales:

-¿Los arts. 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la UE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de un impuesto regional que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea igual o superior a 4.000 m<sup>2</sup> por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano de esa región, pero que opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta: (i) que no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m<sup>2</sup>, sea cual sea la suma de la superficie útil de exposición y venta al público de todos sus establecimientos, y (ii) que no somete a gravamen a los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m<sup>2</sup>, cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?.

2.ª) ¿El art. 107.1 de la citada norma debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas la no sujeción al Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales asturiano de los establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m<sup>2</sup>, y de los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m<sup>2</sup>, cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?.

**PRECEPTOS:**

Tratado de 25 de marzo de 1957 (Funcionamiento de la UE), arts. 49, 54, 107 y 267.

Ley 15/2002 de Asturias (Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003), art. 21.

DLeg. 1/2014 (TR de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios), arts. 19 a 36.

**PONENTE:***Don Juan Gonzalo Martínez Mico.*

Magistrados:

Don EMILIO FRIAS PONCE  
Don JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO  
Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ  
Don JUAN GONZALO MARTINEZ MICO  
Don MANUEL MARTIN TIMON  
Don MANUEL VICENTE GARZON HERRERO  
Don RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO

**AUTO**

En la Villa de Madrid, a diez de marzo de dos mil dieciséis.

## HECHOS

1. La Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (en lo sucesivo, «ANGED»), mediante escrito registrado el 4 de noviembre de 2014, interpuso recurso de casación contra la sentencia número 698, dictada el 31 de julio de 2014 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, desestimatoria del recurso número 1395/2003, que promovió frente la Resolución de 3 de julio de 2003 de la Consejería de Hacienda del Principado de Asturias, por la que se aprueba el modelo de declaración de alta, modificación y baja en el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales [«IGEC»], (Boletín Oficial del Principado de Asturias [«BOPA»], de 9 de agosto de 2003).

ANGED solicitó a esta Sala el dictado de sentencia por la que, «estimando el recurso, case la impugnada, declarándola nula, y anule la "Resolución de 3 de julio de 2003, de la Consejería de Hacienda del Principado de Asturias, por la que se aprueba el modelo de declaración de alta, modificación y baja en el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales" ».

En el segundo otrosí digo interés:

- «Que, al amparo de lo previsto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, solicitamos de la Sala el planteamiento de la pertinente cuestión prejudicial de Derecho comunitario europeo respecto de la Ley 16/2000 (sic), de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales; y ello con base en lo razonado en el MOTIVO de este escrito de INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

- Que, subsidiariamente, solicitamos de la Sala la suspensión del presente procedimiento en tanto no resuelva el procedimiento abierto por la Comisión Europea bajo el número de referencia 6978/14/TAXU; y ello con base en lo razonado al final del MOTIVO de este escrito de INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN».

2. En auto de 21 de mayo de 2015, la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso, al no apreciar la concurrencia de la causa de inadmisión puesta de manifiesto a las partes en la providencia de 13 de enero de 2015 [«carecer manifiestamente de fundamento el submotivo articulado en el epígrafe III del escrito de interposición del recurso de casación, al plantearse en él una cuestión nueva (infracción de derecho comunitario en materia de ayudas de estado) que no fue articulada en la demanda, ni aisladamente, ni en conexión con la denuncia que efectuó en el Fundamento de derecho quinto de la misma y que no ha sido objeto de examen por la sentencia impugnada. Además, la infracción de los artículos 107 y 110 del TFUE que constituyen el contenido del submotivo referido, no fueron previamente anunciados en el escrito de preparación del recurso de casación ( art. 93.2 d) LRJCA )»], « pues la denuncia efectuada [en el] submotivo articulado en el epígrafe III del escrito de interposición del recurso de casación no puede considerarse como cuestión nueva sino como un argumento nuevo, implícitamente incluido en la denuncia de infracción del derecho de la Unión Europea (Fundamento de Derecho Material Quinto de la demanda), y en particular cuando se dice "...el IGEC se configura como una medida distorsionadora y restrictiva de la libre competencia empresarial; y cómo entraña, en realidad, una medida de intervención ilegal en el ámbito de la defensa de la competencia.." » .

3. La Administración de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias se opuso al recurso, mediante escrito registrado el 14 de julio de 2015, solicitando su desestimación.

4. En providencia de 21 de septiembre de 2015, esta Sala acordó oír «por término de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuestión prejudicial de interpretación sobre la conformidad con lo previsto en sus artículos 49 y 54 -que prohíben las restricciones, directas o indirectas, de la libertad de establecimiento-, y 107 -que considera incompatibles con el mercado interior las ayudas de Estado que falseen o amenacen falsear la competencia, en favor de determinadas empresas o producciones- de la regulación que para el "Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales" dispuso la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales [desde el 1 de enero de 2015 sustituida por el Decreto Legislativo 1/2014, 23 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de Tributos Propios]; tributo autonómico cuyo modelo de declaración de alta, modificación y baja, aprobado por Resolución de 3 de julio de 2003 de la Consejería de Hacienda del Principado de Asturias, constituye el objeto del pleito».

5. ANGED se manifestó a favor del planteamiento de la cuestión prejudicial, al entender que era procedente y conforme al Derecho de la Unión Europea. La asociación recurrente sostuvo que la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales [después redenominada como Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales de 2003 y desde el 1 de

enero de 2015 sustituida por el Decreto Legislativo 1/2014, 23 julio, que aprobó el texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios], vulnera los artículos 49 , 52 , 54 , 107 y 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea, Serie C 326/47, de 26 de octubre de 2012, versión consolidada. En adelante, «TFUE»), resultando «contraria al régimen de libertad de establecimiento» y dando lugar a «una ayuda de Estado prohibida».

Aduce que, como el IGEC asturiano se creó y reguló siguiendo la senda del IGEC catalán, los razonamientos para sostener esas afirmaciones son los mismos que en el recurso de casación 3797/2012, motivo por el cual sus manifestaciones coinciden, «salvando las peculiaridades propias del caso, que, por otra parte, en nada afectan al fondo del asunto, con las formuladas en aquél otro recurso de casación» (sic), cuyo contenido reproduce.

6. La Administración de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias se opuso a que se suscite la cuestión prejudicial, manteniéndose en la postura expresada en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en casación, que da por reproducidos.

7. El Ministerio Fiscal consideró procedente y pertinente el planteamiento de la cuestión prejudicial, compartiendo la postura sostenida por la parte recurrente, en sustancia: «que el modo en que se define el hecho imponible, la selección de los sujetos gravados y no gravados y la carga económico-fiscal que genera el tributo, determinan un efecto discriminatorio objetivo, o una ventaja selectiva, que por un lado coloca en desventaja a los sujetos afectados frente a sus posibles competidores y, correlativamente, ese efecto discriminatorio puede analizarse [...] como una ayuda de Estado encubierta a quienes resultan excluidos del ámbito de sujeción del tributo» .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Mico, quien expresa el parecer de la Sección.

## **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

### **1. El marco jurídico nacional**

1.1. La Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales (BOPA número 301, de 31 de diciembre de 2002; posteriormente red denominada como de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003), creó con efectos a partir del 1 de enero de 2003 el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales [«IGEC»], que constituye un impuesto propio de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

La regulación del IGEC se contenía en el artículo 21 de la citada Ley 15/2002 [modificado en parte por la Ley del Principado de Asturias 6/2004, de 28 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2005 (BOPA número 302, de 31 de diciembre de 2004)], hasta el 31 de diciembre de 2014, y se contiene en los artículos 19 a 36 del texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios («TRPATP», en adelante), aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio (BOPA número 175, de 29 de julio de 2014), que derogó el artículo 21 de la Ley 15/2002 , con efectos desde el 1 de enero de 2015.

Respecto del IGEC, el Preámbulo de la Ley 15/2002 se limitaba a manifestar que: «El tributo tiene carácter extrafiscal, ya que su creación no obedece a un propósito exclusivamente recaudatorio, consustancial a cualquier figura impositiva, sino además, y principalmente, al de desplazar sobre los establecimientos implantados como grandes superficies las incidencias negativas que su actividad genera en el territorio, en el medio ambiente y en la trama del comercio urbano» .

No es idéntico el contenido del apartado III del Preámbulo del Decreto Legislativo 1/2014, en relación con el IGEC, puesto que omite la incidencia negativa de la actividad de las grandes superficies en la trama del comercio urbano, a la hora de justificarlo: «Este impuesto grava la singular capacidad económica que concurre en determinados establecimientos comerciales como consecuencia de estar implantados como grandes superficies, en la medida en que esta circunstancia contribuye de una manera decisiva a tener una posición dominante en el sector y genera externalidades negativas en el territorio y el medio ambiente, cuyo coste no asumen».

1.2. El IGEC, que resulta exigible en todo el territorio del Principado de Asturias, se creó, según el Legislador, con un carácter extrafiscal y la finalidad principal de «desplazar sobre los establecimientos implantados como grandes superficies las incidencias negativas que su actividad genera en el territorio, en el medio ambiente y en la trama del comercio urbano» (Preámbulo de la Ley 15/2002).

1.3. El apartado uno «Objeto del impuesto» del artículo 21 de la Ley 15/2002 disponía que el IGEC «grava la singular capacidad económica que concurre en determinados establecimientos comerciales como consecuencia de estar implantados como grandes superficies, en la medida en que esta circunstancia contribuye de una manera decisiva a tener una posición dominante en el sector y puede generar externalidades negativas en el territorio y el medio ambiente, cuyo coste no asumen» . Idéntica es la redacción del artículo 19.2 del TRPATP, salvo que éste último no dice que "puede generar externalidades", sino que "genera externalidades".

1.4. El apartado dos «Afectación» del artículo 21 de la Ley 15/2002 afectaba la recaudación por este impuesto a «la elaboración y ejecución de programas dictados en desarrollo de las directrices sectoriales de equipamiento comercial» y a «la introducción de mejoras en el medio ambiente y en las redes de infraestructuras». Igual es el contenido del artículo 20 del TRPATP.

1.5. El hecho imponible del IGEC consiste en el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano del Principado de Asturias ( apartado tres «Hecho imponible», número 1, del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 21.1 TRPATP).

1.5.1. Están sujetos al IGEC ( apartado tres «Hecho imponible», número 2, del artículo 21 Ley 15/2002 , en su redacción por el artículo 8.Uno de la Ley 6/2004 , y artículo 21.2 TRPATP):

Los establecimientos comerciales, sean individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público igual o superior a 4.000 m2. No tendrán la consideración de gran establecimiento comercial los mercados municipales y los establecimientos exclusivamente mayoristas.

1.5.2. No están sujetos al IGEC ( apartado cuatro «Supuestos de no sujeción» del artículo 21 Ley 15/2002 , en su redacción por el artículo 8.Tres de la Ley 6/2004 , y artículo 22 TRPATP):

(1) Las exposiciones y ferias de muestras de carácter temporal cuya finalidad principal no sea el ejercicio regular de actividades comerciales, sino la exposición de productos.

(2) Los grandes establecimientos en los que el 50 por ciento o más de la superficie útil de exposición y venta al público se destine a actividades de ocio, hostelería y espectáculos. No obstante, estarán sujetos, en todo caso, los grandes establecimientos en que la superficie útil de exposición y venta al público ocupada por actividades comerciales alcance los 4.000 m2, con independencia de la parte de la superficie que se destine a otras actividades.

(3) Los grandes establecimientos individuales que desempeñen única y exclusivamente alguna de las siguientes actividades: jardinería, venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, siempre y cuando la superficie útil de exposición y venta al público de los mismos no exceda de 10.000 m2.

1.6. Los sujetos pasivos del IGEC, en calidad de contribuyentes, son las personas físicas, jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria [ «Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición» ] titulares del gran establecimiento comercial, ya sea individual o colectivo. Se consideran titulares, a estos efectos, a los propietarios del local o locales que integran el gran establecimiento comercial que explote los mismos, bien ejerciendo de forma directa las actividades comerciales o bien poniéndose él o los locales a disposición de terceros para ejercer tales actividades. En caso de ser varios los propietarios de la totalidad de los locales integrantes del establecimiento, su conjunto tendrá la consideración de unidad económica, a los efectos del citado artículo 35.4 de la Ley General Tributaria ( apartado cinco «Sujeto pasivo» del artículo 21 Ley 15/2002 , en su redacción por el artículo 8.Cuatro de la Ley 6/2004 , y artículo 23 TRPATP).

1.7. El IGEC es un impuesto periódico, cuyo período impositivo coincide con el año natural, salvo en los casos de apertura, ampliación del espacio y clausura del establecimiento, en los que comprenderá desde la fecha de autorización de la apertura o de la ampliación hasta el último día del año, o desde el primer día del año a la fecha de cierre ( apartado doce «Período impositivo» del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 28 TRPATP). Salvo apertura del establecimiento en el período impositivo, el IGEC se devenga el 1 de enero de cada año (apartado trece «Devengo» del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 27 TRPATP).

1.8.1. El importe a satisfacer por el IGEC se obtiene aplicando a la cuota tributaria, en su caso, la bonificación: (a) del 10%, prevista para los grandes establecimientos comerciales no situados en núcleos urbanos a los que se acceda con, al menos, dos medios de transporte público de distinta naturaleza, además del vehículo privado, y (b) de hasta el 10% como máximo, establecida para los grandes establecimientos comerciales que lleven a cabo proyectos de protección medioambiental, considerados adecuados por la Consejería competente en materia de protección medioambiental, por el importe de dichos proyectos ( apartado once «Bonificaciones» del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 31 TRPATP).

La domiciliación bancaria del pago de la deuda tributaria da derecho, en todo caso, a una deducción del 1% sobre la cuota tributaria, pero será incompatible con el pago fraccionado ( apartado diecisiete «Liquidación y

pago», número 4, del artículo 21 Ley 15/2002 , en su redacción por el artículo 8.Ocho de la Ley 6/2004 , y artículo 32.4 TRPATP).

Deuda tributaria = Cuota tributaria - Bonificaciones.

1.8.2. Para determinar la cuota tributaria del IGEC se aplica a la base liquidable el tipo de gravamen ( apartado diez «Cuota tributaria» del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 30 TRPATP).

Cuota tributaria = Base liquidable x Tipo de gravamen.

1.8.3. El tipo de gravamen se establece en 17 euros por metro cuadrado de aparcamiento ( apartado nueve «Tipo de gravamen» del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 29 TRPATP).

1.8.4. La base liquidable se obtiene de aplicar a la base imponible corregida ( apartado ocho «Base liquidable» del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 26 TRPATP):

### **Primero.**

El coeficiente que corresponda, en función de la superficie del terreno ocupada por la proyección horizontal del establecimiento [superficie de terreno ocupada por la edificación o edificaciones que lo integran]:

- Hasta 5.000 m<sup>2</sup>: 0,6.
- De 5.001 a 10.000 m<sup>2</sup>: 0,8.
- Más de 10.000 m<sup>2</sup>: 1.

### **Segundo.**

La reducción del 20% sobre el resultado obtenido, en caso de establecimientos situados en un núcleo de población de más de 80.000 habitantes.

Base liquidable = (Base imponible corregida x Coeficiente de superficie) - Reducción.

1.8.5. La base imponible corregida se obtiene aplicando a la base imponible los coeficientes de población del área de influencia y de superficie total del gran establecimiento comercial ( apartado siete «Base imponible corregida» del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 25 TRPATP).

Base imponible corregida = Base imponible x Coeficiente de población x Coeficiente de superficie total.

1.8.6. Constituye la base imponible la superficie destinada a aparcamiento de que dispone el gran establecimiento comercial, considerándose en todo caso como superficie mínima de aparcamiento el equivalente al 50% de la superficie útil de exposición y venta al público. Al exceso de la superficie destinada a aparcamiento sobre el 50% de la superficie útil de exposición y venta al público se le aplicará un índice reductor del 0,5 ( apartado seis «Base imponible» del artículo 21 Ley 15/2002 , en su redacción por el artículo 8.Cinco de la Ley 6/2004 , y artículo 24 TRPATP).

Dos precisiones:

- Se entiende que el gran establecimiento comercial dispone de aparcamiento cuando aquél se destine al uso de los clientes del establecimiento con independencia de su titularidad, modo de gestión o sistema de pago.
- En todo caso la superficie de aparcamiento se minorará en 1.999 m<sup>2</sup> en concepto de mínimo exento.

1.8.7. Sobre la base imponible se aplicarán los dos coeficientes siguientes ( apartado siete «Base imponible corregida» del artículo 21 Ley 15/2002 y artículo 25 TRPATP):

(a) En función de la población del área de influencia del gran establecimiento comercial:

1º Si en un radio de hasta 10 kilómetros se ubica un núcleo de población superior a 80.000 habitantes: 1,5.

2º Si en un radio de hasta 10 kilómetros se ubica un núcleo de población comprendida entre 50.000 y 80.000 habitantes: 1,25.

3º En otro caso: 1.

(b) En función de la superficie total del gran establecimiento comercial [se entiende por superficie total, a estos efectos, la superficie íntegra del establecimiento incluyendo las zonas ocupadas por terceros en virtud de cesión de uso o por cualquier otro título. No se computan, sin embargo, las superficies descubiertas cualquiera que sea su destino]:

1º Entre 10.001 y 20.000 m<sup>2</sup>: 1,05.

2º Entre 20.001 y 30.000 m<sup>2</sup>: 1,10.

3º Más de 30.000 m<sup>2</sup>: 1,15.

4º En otro caso: 1.

2. Los hechos del litigio ante el Tribunal Supremo

2.1. El 8 de octubre de 2003, ANGED interpuso recurso contencioso-administrativo (número 1395/2003) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias contra la Resolución de 3 de julio de 2003 de la Consejería de Hacienda del Principado de Asturias, por la que se aprueba el modelo de declaración de alta, modificación y baja en el IGEC.

2.2. El 13 de febrero de 2004, ANGED formuló demanda, interesando el dictado de sentencia que declarase:

(i) « [L]a nulidad de la Resolución impugnada y del modelo 049 por ella aprobado, con base en los motivos expuestos en los fundamentos jurídico-materiales segundo a sexto».

(ii) Subsidiariamente, y en caso de no ser atendida la petición anterior, «la nulidad de las partes del modelo 049, aprobado por la Resolución impugnada, relativas a los "datos del sujeto pasivo", a los datos del "establecimiento", y a los "datos del gran establecimiento" en lo referente a los "medios de transporte", con base en los motivos expuestos en el fundamento jurídico-material séptimo» .

(iii) En todo caso, y aun en el supuesto de ser atendida cualquiera de las dos peticiones anteriores, «la inaplicabilidad de la Resolución impugnada, en los supuestos de grandes establecimientos comerciales que estuvieren en funcionamiento a la entrada en vigor de la Ley 15/2002, así como la inexigibilidad del IGEC por los hechos imposables devengados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha resolución y del RGIEC, todo ello con base a los motivos expuestos en el fundamento jurídico-material octavo» .

En otrosí digo interés de la Sala de instancia el planteamiento: (a) de cuestión de inconstitucionalidad, si considerase que los vicios de inconstitucionalidad transmitidos a la resolución impugnada son directa y exclusivamente imputables al artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002 , con base en los motivos expuestos en los fundamentos jurídico-materiales segundo a cuarto, y (b) de cuestión prejudicial, si estimase que la disconformidad con el Derecho de la Unión Europea transmitida a la resolución recurrida es directa y exclusivamente imputable al artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002 , «en particular respecto del acomodo del citado artículo 21 al artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea», con base en los motivos expuestos en el fundamento jurídico-material quinto.

El Principado de Asturias contestó a la demanda, mediante escrito registrado el 29 de marzo de 2004, interesando la desestimación del recurso.

2.3. En auto de 20 de abril de 2006, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias acordó «elevar al Tribunal Constitucional 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 infringe 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» .

Registrada con el número 5267-2006, el Pleno del Tribunal Constitucional decidió inadmitirla, en auto de 13 de febrero de 2007 , por las deficiencias padecidas en el trámite de audiencia previo a su presentación, al no precisarse ni el precepto legal sobre cuya constitucionalidad albergaba dudas el órgano judicial ni las normas de la Constitución que consideraba vulneradas.

Cumplido el trámite de audiencia en los términos exigidos por el Tribunal Constitucional, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en auto de 20 de marzo de 2007 , acordó «elevar al Tribunal Constitucional 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 infringe 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» .

Esta cuestión de inconstitucionalidad, registrada con el número 3142-2007, fue admitida a trámite y resuelta por sentencia.

2.4. El 12 de febrero de 2013, ANGED denunció al Reino de España ante la DG COMP, al considerar que la regulación del IGEC, previsto en seis Comunidades Autónomas (Cataluña, Principado de Asturias, Aragón, Navarra, Canarias y La Rioja), vulnera el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado. La denuncia fue registrada con la referencia SA.36205 (2013/CP).

2.5. El 15 de mayo de 2013, ANGED denunció ante la DG MARKT, en su representación en España, el IGEC establecido por las seis Comunidades Autónomas del Reino de España ya mencionadas, al entender que vulnera la libertad de establecimiento. El 7 de junio de 2013, la DG TAXUD acusó recibo de esa denuncia, registrándola con el número de referencia CHAP 2013/1540. Tras informar a ANGED de la importancia de esperar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [«TJUE», en adelante] que resolviera el caso C-385/12, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi , el 8 de octubre de 2014 la DG TAXUD transfirió la denuncia a un procedimiento EU Pilot, con referencia 6978/14/TAXU.

2.6. El 10 de abril de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional dictó la sentencia 53/2014, desestimando la cuestión de inconstitucionalidad 3142-2007 (Boletín Oficial del Estado número 111, de 7 de mayo de 2014).

2.7. El 24 de abril de 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó providencia acordando dar traslado de la citada sentencia del Tribunal Constitucional a las partes para alegaciones.

ANGED consideró resueltos los motivos de impugnación que adujo en los fundamentos jurídico-materiales segundo a cuarto de su demanda, y vigentes los que esgrimió en los fundamentos jurídico-materiales quinto a octavo del escrito rector. Destaca, en particular, el fundamento jurídico material quinto, con el siguiente título: "El IGEC es disconforme con el ordenamiento comunitario". Entendió que con la sentencia 53/2014 del Tribunal Constitucional ese motivo de impugnación no sólo está pendiente resolución sino que ha encontrado mayor fundamento, enfatizando que en su fundamento jurídico 7º, párrafo once, se lee: «No obstante lo anterior, se hace preciso recordar la posibilidad de que, en su caso, se pudiera producir una eventual limitación de la capacidad del legislador autonómico de seleccionar los fines y objetivos a promover, como resultado de la adopción de normativa propia por parte de la Unión Europea, aspecto este que, en todo caso, no compete a este Tribunal examinar».

2.8. El 31 de julio de 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia desestimatoria del recurso 1395/2003.

La ratio decidendi para rechazar el fundamento jurídico-material quinto de la demanda se halla en su fundamento de derecho quinto y apoya en dos pilares: (i) los razonamientos dados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencias previas, al objeto de descartar la infracción del Derecho de la Unión Europea por el IGEC catalán, y (ii) lo argumentado por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 7 de la citada sentencia 53/2014, cuando rechaza la vulneración del derecho fundamental a la libertad de empresa.

2.9. El 4 de noviembre de 2014, ANGED interpuso recurso de casación contra la citada sentencia, invocando un único motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Boletín Oficial del Estado número 167, de 14 de julio), para denunciar que el artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002 contraviene la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 TFUE.

2.10. El 28 de noviembre de 2014, el Director General Adjunto de Ayudas Estatales de la DG COMP informó a los Secretarios de Estado de Economía y de Comercio del Gobierno de España de que, «tras el análisis preliminar y sobre la base de la información actualmente disponible, nos planteamos considerar la exención concedida a los pequeños comercios minoristas y a determinados establecimientos especializados como ayuda estatal incompatible». Esta posición se sustenta en los siguientes argumentos:

«Las exenciones parecen conceder una ventaja selectiva a determinadas empresas a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE porque constituyen una excepción al régimen normal de imposición que se basa en una imposición a los establecimientos de venta minorista en función de su superficie. Una exención fiscal puede, en principio, estar justificada por la lógica intrínseca del sistema fiscal. Sin embargo, es el Estado miembro quien debe facilitar y argumentar dicha justificación. Según la información procedente de las Comunidades Autónomas, el objetivo del impuesto sería compensar el impacto negativo causado por el sector de venta minorista en el medio ambiente y el coste creado en términos de planificación urbana. La justificación general ofrecida para excluir a los pequeños establecimientos y a las tiendas especializadas del ámbito de aplicación del impuesto es que supuestamente tienen un menor impacto negativo sobre el medio ambiente, las infraestructuras y las políticas de planificación urbana. Sin embargo, no se han facilitado datos que apoyen este argumento, y el nivel del umbral o la elección de actividades exentas no parecen estar respaldadas por ningún estudio u otras pruebas convincentes. Por el contrario, un gran centro comercial consistente en pequeños establecimientos tendría el mismo impacto ambiental que un gran almacén de las mismas dimensiones. Sobre esta base, parecería lógico que fueran los metros cuadrados los que estuvieran sujetos a imposición. Por consiguiente, las exenciones parecen ofrecer ayuda estatal a los comercios exentos.

Además, no se han constatado razones por las que la medida pudiera considerarse compatible con el mercado interior.

A tenor del artículo 108, apartado 2, del TFUE, si tras un examen preliminar la Comisión Europea considera que una medida constituye una ayuda estatal y tiene dudas sobre si es compatible con el mercado interior, debe incoar un procedimiento de investigación. En caso de que el procedimiento de investigación formal confirme que las medidas constituyen una ayuda estatal incompatible, la Comisión debe adoptar una decisión negativa y condenar al Estado miembro a suprimir o modificar la medida en el futuro, pero también debe condenar al Estado miembro a recuperar de los beneficiarios la ayuda ilegal concedida en el pasado. En este caso concreto, la recuperación significaría que varios miles de pequeños y medianos minoristas podrían verse obligados a pagar el impuesto del que están exentos desde la entrada en vigor del mismo.

Entendemos que la denuncia presentada por ANGED pretende resolver de cara al futuro los problemas de competencia que experimentan en la actualidad y que están dispuestos a debatir con las autoridades españolas esta cuestión. Habida cuenta de la evaluación preliminar de las medidas fiscales y de las posibles consecuencias

que tendría un procedimiento de investigación formal, rogaría encarecidamente a España que suprimiera o modificara dichos impuestos de manera que ya no plantearan problemas de ayudas estatales».

2.11. El 26 de febrero de 2015, el Director General Adjunto de Ayudas Estatales de la DG COMP remitió a los Secretarios de Estado de Economía y de Comercio del Gobierno de España otra carta en la que sintetizó los puntos principales para analizar con los representantes de las Comunidades Autónomas afectadas:

«Primero, consideramos que exonerar a ciertos comercios, o a ciertos comerciantes, de un impuesto sobre la superficie es equivalente a la concesión de una ayuda estatal a quienes están exentos del impuesto. Por consiguiente, numerosos comerciantes que están por debajo del umbral de superficie establecido por las diferentes comunidades, así como los dueños de comercios especializados en ciertas categorías de comercios exentas, son beneficiarios potenciales de ayuda estatal.

Segundo, consideramos que esas exenciones no han sido justificadas dentro de los objetivos medioambientales o de desarrollo urbano en que encuentra su justificación el impuesto sobre la superficie.

Tercero, los servicios de la Comisión están actuando con motivo de un procedimiento de denuncia sobre una supuesta ayuda estatal y debemos progresar hacia la implementación de una solución compatible con el margo de la ayuda estatal. No puedo sino insistir en la importancia y la urgencia de encontrar dicha solución en España y las Comunidades Autónomas en cuestión.

Cuarto, en ausencia de una solución inmediata al caso, la única alternativa disponible para la Comisión será la de incoar una investigación formal. Dada la información a nuestra disposición, lo más probable es que el resultado de nuestra investigación sea negativo, con la consecuente orden de recuperación para la ayuda concedida en el pasado».

2.12. En providencia de 21 de septiembre de 2015, esta Sala acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear al TJUE, al amparo del artículo 267 TFUE, cuestión prejudicial de interpretación sobre la conformidad del artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002 [precepto sustituido, desde el 1 de enero de 2015, por los artículos 19 a 36 del TRPATP], que estableció el IGEC asturiano [impuesto cuyo modelo de declaración de alta, modificación y baja, aprobado por Resolución de 3 de julio de 2003 de la Consejería de Hacienda del Principado de Asturias, constituye el objeto del litigio] con los artículos 49, 54 y 107 del TFUE.

### 3. El Derecho de la Unión Europea

#### 3.1. Restricción de la libertad de establecimiento

El artículo 49 TFUE establece:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales».

El artículo 54 TFUE dispone:

«Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

De acuerdo con la consolidada jurisprudencia del TJUE, como se lee en los apartados 30 y 42 de la sentencia de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, ECLI:EU:C:2014:47:

«30. [L]as normas sobre la igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en el domicilio social de las sociedades, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado (véanse por analogía, entre otras, las sentencias de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rec. p. I-225, apartado 26; de 22 de marzo de 2007, *Talotta*, C-383/05, Rec. p. I-2555, apartado 17, y de 18 de marzo de 2010, *Gielen*, C-440/08, Rec. p. I-2323, apartado 37)».

«42. [S]ólo puede admitirse tal restricción si está justificada por razones imperiosas de interés general. En tal supuesto, es preciso además que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate

y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo ( sentencia de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus , C-371/10 , Rec. p. I-12273, apartado 42 y jurisprudencia citada)».

#### 3.1.1. Discriminaciones encubiertas

En la citada sentencia de 5 de febrero de 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi , el TJUE afirmó además:

«29. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente plantea, en esencia, si los artículos 49 TFUE y 54 TFUE se oponen a una normativa relativa a un impuesto sobre el volumen de negocios como el controvertido en el litigio principal, habida cuenta de que dicho impuesto tiene efectos potencialmente discriminatorios con respecto a las personas jurídicas sujetas al mismo que constituyan, dentro de un grupo, «empresas vinculadas», en el sentido de esa normativa, a una sociedad con sede en otro Estado miembro».

«39. [S]i se demuestra que, en el sector de la venta al por menor en establecimientos en el Estado miembro en cuestión, los sujetos pasivos pertenecientes a un grupo de sociedades e incluidos en el tramo superior del impuesto específico están, en la mayoría de los casos, «vinculados» en el sentido de la normativa nacional a sociedades con domicilio social en otros Estados miembros, la aplicación de la tarifa marcadamente progresiva del impuesto específico a una base imponible consolidada de volumen de negocios puede perjudicar, en particular, a los sujetos pasivos «vinculados» a sociedades con domicilio social en otro Estado miembro».

«40. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si este requisito se cumple atendiendo al contexto global en que la normativa nacional despliega sus efectos».

En los apartados 63 y 64 de la previa sentencia de 24 de marzo de 2011, Comisión/Reino de España , C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172, el TJUE había dicho ya:

«63. [E]l artículo 43 CE [ artículo 49 TFUE ] se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los ciudadanos de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (véanse, en particular, las sentencias de 14 de octubre de 2004 , Comisión/Países Bajos , C-299/02, Rec. p. I- 9761, apartado 15 , y de 21 de abril de 2005 , Comisión/Grecia , C-140/03 , Rec. p. I-3177, apartado 27).

64. En este contexto, interesa recordar que el concepto de «restricción» en el sentido del artículo 43 CE abarca las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros y obstaculizan así el comercio intracomunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2004 , CaixaBank France , C-442/02, Rec. p. I- 8961, apartado 11 , y de 28 de abril de 2009 , Comisión/Italia , C-518/06 , Rec. p. I-3491, apartado 64, así como, por analogía, la sentencia de 10 de febrero de 2009, Comisión/Italia , C-110/05 , Rec. p. I- 519, apartado 37)».

#### 3.1.2. Razones imperiosas de interés general

En el apartado 74 de la citada sentencia de 24 de marzo de 2011, Comisión/Reino de España , el TJUE manifestó:

«Entre esas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group , C-384/08 , Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada), la ordenación del territorio (véase, por analogía, la sentencia de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius , C-567/07 , Rec. p. I-9021, apartado 29 y jurisprudencia citada) y la protección de los consumidores (véase, en particular, la sentencia de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia , C-260/04 , Rec. p. I-7083, apartado 27 y jurisprudencia citada). En cambio, los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, CIBA , C-96/08 , Rec. p. I-0000, apartado 48 y jurisprudencia citada)».

#### 3.1.3. Adecuación y proporcionalidad

En el apartado 83 de la citada sentencia de 24 de marzo de 2011, Comisión/Reino de España, el TJUE recordó:

«[L]as razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria , C-161/07 , Rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada)».

#### 3.2. Ayudas de Estado

##### 3.2.1. De índole fiscal

El artículo 107.1 TFUE preceptúa:

«[S]erán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo

cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

Como puede leerse, por ejemplo, en los apartados 19 y 20 de la sentencia de 9 de octubre de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia , C-522/13 , ECLI:EU:C:2014:2262, conforme a la jurisprudencia del TJUE:

«19. [L]a calificación de «ayuda» en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, exige que se cumplan todos los requisitos previstos en dicha disposición (sentencia Comisión/Deutsche Post , C-399/08 P, EU:C:2010:481, apartado 38 y jurisprudencia citada).

20. Así pues, para que una medida nacional pueda calificarse de ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario, y, en cuarto lugar, es preciso que falsee o amenace falsear la competencia (sentencia Comisión/Deutsche Post , EU:C:2010:481, apartado 39 y jurisprudencia citada).

En la reciente sentencia de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems , C-5/14, ECLI:EU:C:2015:354, el TJUE recuerda que:

«71. Según reiterada jurisprudencia, el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones de Estado que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones, en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (véanse las sentencias Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke , C-143/99, EU:C:2001:598, apartado 38; Paint Graphos y otros , C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 45, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732, apartado 71).

72. De ello se deduce que una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal ventajoso que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 107 TFUE (sentencias Banco Exterior de España , C-387/92, EU:C:1994:100, apartado 14, y Paint Graphos y otros , C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 46 y jurisprudencia citada).

73. El artículo 107 TFUE , apartado 1, prohíbe las ayudas «[que favorezcan] a determinadas empresas o producciones», es decir, las ayudas selectivas.

74. En lo que atañe a la apreciación del criterio de selectividad, resulta de reiterada jurisprudencia que el artículo 107 TFUE , apartado 1, requiere que se determine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen (sentencias Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke , C-143/99, EU:C:2001:598, apartado 41; British Aggregates/Comisión , C-487/06 P, EU:C:2008:757, apartado 82, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732, apartado 75).

75. Es preciso recordar además que el artículo 107 TFUE , apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que define a éstas en función de sus efectos y, por lo tanto, independientemente de las técnicas utilizadas (sentencias British Aggregates/Comisión , C-487/06 P, EU:C:2008:757, apartados 85 y 89, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732, apartado 87)».

#### 4. Los presupuestos del reenvío prejudicial

4.1. Esta Sala se enfrenta con un litigio cuya solución depende, en buena medida, (i) de si el IGEC implica o no una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con el Derecho de la Unión Europea, y (ii) de si constituye o no para los comerciantes exonerados del mismo una ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

Emitido ese juicio por el TJUE, esta Sala podrá resolver sobre la nulidad de la Resolución de 3 de julio de 2003 de la Consejería de Hacienda del Principado de Asturias, por la que se aprueba el modelo de declaración de alta, modificación y baja en el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales, por disconformidad con el Derecho de la Unión Europea del artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002 [sustituido desde el 1 de enero de 2015 por los artículos 19 a 36 del TRPATP], creador de ese impuesto propio de la mencionada Comunidad Autónoma.

4.2. La pertinencia del diálogo prejudicial depende además de que haya dudas razonables sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea, esto es, de que no quepa deducir de los términos de las normas europeas una sola solución hermenéutica, que se impondría por su propia evidencia no sólo al órgano

jurisdiccional remitente sino al resto de órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados miembros, incluido el propio TJUE [sentencia de 6 de octubre de 1982, CILFIT, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, apartado 16].

En el caso de autos la existencia de esas dudas resulta patente, como confirma la lectura del razonamiento jurídico segundo de este auto y el examen de las posturas enfrentadas en el litigio, que con argumentos jurídicos más o menos consistentes divergen sobre la incidencia del Derecho de la Unión Europea en relación con una regulación española, como lo es el artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002 [sustituido desde el 1 de enero de 2015 por los artículos 19 a 36 del TRPATP].

#### 5. Las cuestiones prejudiciales

##### 5.1. Sobre la libertad de establecimiento

5.1.1. La atenta lectura de los apartados 1.1 a 1.5 del razonamiento jurídico primero de este auto, permite sostener que el IGEC no tiene una finalidad exclusivamente de protección medioambiental y de ordenación del territorio, porque también se aprecia la intención de mejorar la posición competitiva en el sector del pequeño y mediano comercio frente a los grandes establecimientos comerciales. Esta conclusión se infiere de los Preámbulos de la Ley 15/2002 y del Decreto Legislativo 1/2014, del objeto del IGEC asturiano, de los criterios de afectación de los ingresos obtenidos por este impuesto autonómico y de la descripción de su hecho imponible, tanto en sentido positivo, supuestos de sujeción, como en sentido negativo, supuestos no sujeción.

Obviar o restar importancia a la finalidad perseguida por el IGEC asturiano, en sintonía con el IGEC catalán, de mejorar la posición competitiva en el sector del pequeño y mediano comercio frente a las grandes superficies comerciales, poniendo el énfasis en su finalidad de protección del medioambiente y ordenación del territorio, resulta pues un esfuerzo baldío.

5.1.2. El IGEC asturiano recae sobre los establecimientos comerciales, sean individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público igual o superior a 4.000 m<sup>2</sup>, sin que sea relevante su ubicación fuera o dentro de la trama urbana consolidada.

Sin embargo, no somete a gravamen a los grandes establecimientos individuales, siempre y cuando la superficie útil de exposición y venta al público de los mismos no exceda de 10.000 m<sup>2</sup>, que desempeñen única y exclusivamente algunas de estas actividades: jardinería, venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales.

El umbral de 4.000 m<sup>2</sup> de superficie, opera desde el 1 de enero de 2005, con anterioridad era de 2.500 m<sup>2</sup>. Esta modificación, con otras no menos relevantes que introdujo la Ley del Principado de Asturias 6/2004 en el artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, se justifican en el Preámbulo de aquella como sigue: «En relación con el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, se lleva a cabo una modificación que, además de consistir en ajustes de carácter técnico, supone la redefinición de algunos elementos que configuran el impuesto al objeto de que responda y se adecue en mayor medida a los fines para los que se creó, con la finalidad de dar respuesta a lo que la experiencia en la gestión del mismo, durante el tiempo de su vigencia, ha puesto de manifiesto».

La razón para que el umbral de superficie, que era de 2.500 m<sup>2</sup> como en el IGEC catalán, pasara a ser de 4.000 m<sup>2</sup>, habrá que entender que sería la mejor adecuación a los fines para los que se creó, pero la falta de concreción resulta evidente. De ahí que quepa legítimamente dudar en la disciplina legal si ese nuevo umbral para la sujeción al IGEC asturiano responde de forma más adecuada a la finalidad de protección medioambiental y de ordenación del territorio o a la de mejorar la posición competitiva en el sector del pequeño y mediano comercio.

Como también cabe dudar si cualquiera de los dos umbrales legalmente establecidos en el IGEC asturiano, el anterior y el actual, resultan más acordes con la finalidad de protección medioambiental y de ordenación del territorio o con la mejora de la posición competitiva del pequeño y mediano comercio, porque son independientes de la ubicación física del establecimiento comercial dentro o fuera de la trama urbana consolidada.

De ninguna de las dos leyes autonómicas citadas, Ley 15/2002 y Ley 6/2004, se deduce la razón objetiva de ese umbral, ni tampoco el motivo del cambio, tal y como subraya el Fiscal, que lúcidamente argumenta: «[I]a justificación medioambiental podría no acomodarse a ese salto, que excluye no sólo todo el comercio urbano, con independencia de su extensión, actividad o capacidad contaminante real, sino también una parte notable de las posibles superficies extraurbanas ocupadas por un modelo de negocio que precisamente abarca todo menos el tipo de establecimientos -las denominadas grandes superficies- que constituyen la actividad de las empresas representadas por la asociación recurrente».

Añádase que la no sujeción al IGEC asturiano de los grandes establecimientos comerciales individuales, siempre y cuando la superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m<sup>2</sup>, cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales, resulta más fácilmente vinculable a la mejora de la posición competitiva del pequeño y mediano comercio frente a los grandes establecimientos comerciales, que a la protección del medioambiente y la ordenación del territorio.

El Preámbulo de la Ley 6/2004 -arriba reproducido- cuyo artículo ocho introdujo este supuesto de no sujeción en el IGEC asturiano, no pone en entredicho esa aseveración.

En consecuencia, ni siquiera todas las actividades comerciales realizadas en grandes establecimientos comerciales están sujetas al IGEC asturiano, con independencia de la ubicación de los establecimientos fuera o dentro de la trama urbana consolidada.

5.1.3. Los contribuyentes del IGEC asturiano son los titulares del gran establecimiento comercial, ya sea individual o colectivo, pero tal y como está diseñado el impuesto, resulta que si un mismo empresario dispone de cuatro establecimientos comerciales con una superficie útil de exposición y venta al público de 3.000 m<sup>2</sup> cada uno, tanto si están ubicados dentro como fuera de la trama urbana consolidada, no está sujeto al impuesto, mientras que si un empresario dispone de un único establecimiento comercial cuya superficie útil de exposición y venta al público sea de 12.000 m<sup>2</sup>, está sujeto al impuesto, independientemente de que dicho establecimiento esté ubicado dentro o fuera de la trama urbana consolidada, soportando una carga tributaria nada despreciable.

Este diverso trato de los grandes comerciantes en el IGEC tampoco responde con nitidez a la finalidad de protección del medioambiente y ordenación del territorio perseguida por el impuesto.

5.1.4. Ciertamente las diferencias de trato en el IGEC reseñadas operan legalmente de forma indistinta sobre los comerciantes nacionales y sobre los comerciantes pertenecientes a otros Estados miembros de la Unión Europea, pero si afectaran mayoritariamente a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea o controladas por residentes en otros Estados miembros [véase, por todas, la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, X, C-87/13, ECLI:EU:C:2014:2459, apartado 21], como acontecía en el caso del IGEC catalán, lo que la asociación recurrente defiende y parece perfectamente plausible, aun cuando no haya datos fehacientes en las actuaciones sobre este particular, podrían constituir una discriminación encubierta que restringe su libertad de establecimiento.

5.1.5. Tal restricción de la libertad de establecimiento, de entenderse presente, sólo resultaría admisible si estuviera justificada por razones imperiosas de interés general, entre las que figuran, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la protección del medioambiente y la ordenación del territorio, pero no otros objetivos de carácter meramente económico.

Pues bien, como ha quedado expuesto ut supra las diferencias de trato que dan lugar a la restricción de la libertad de establecimiento no se justifican, cuando menos no lo hacen de forma diáfana, en tales finalidades.

Es claro que está operando también la otra finalidad apreciable en el impuesto, mejorar la posición competitiva del pequeño y mediano comercio frente a las grandes superficies comerciales, pero esa finalidad parece constituir un objetivo de carácter marcadamente económico y, por ende, no puede ser esgrimido como una razón imperiosa de interés general.

5.1.6. Incluso si entendiéramos que concurren las razones imperiosas de interés general expuestas para justificar la restricción de la libertad de establecimiento reseñada, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, sería preciso que esa restricción fuera adecuada para garantizar la protección del medioambiente y la ordenación del territorio, lo que dista de estar suficientemente acreditado en los autos, y que además no fuera más allá de lo necesario para alcanzar esos objetivos, lo que no parece justificado, a la vista de la cuantías que podría llegar a alcanzar la cuota anual del impuesto, en aplicación de su regulación legal.

5.1.7. La primera cuestión prejudicial

¿Los artículos 49 y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de un impuesto regional que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea igual o superior a 4.000 m<sup>2</sup> por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano de esa región, pero que opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta: (i) que no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público sea inferior a 4.000 m<sup>2</sup>, sea cual sea la suma de la superficie útil de exposición y venta al público de todos sus establecimientos, y (ii) que no somete a gravamen a los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m<sup>2</sup>, cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?

5.2. Sobre la existencia de ayudas de Estado prohibidas

5.2.1. Conforme a la consolidada jurisprudencia del TJUE, para que una medida nacional pueda calificarse de ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario, y, en cuarto lugar, es preciso que falsee o amenace falsear la competencia.

5.2.2. Las exoneraciones del IGEC asturiano arriba mencionadas implican un tratamiento fiscal favorable para los comerciantes beneficiados que minoran los ingresos públicos y que les otorga una ventaja económica, por lo que el primer requisito debe entenderse cumplido.

Por lo que respecta a los requisitos segundo y cuarto, relativos a la incidencia de las exoneraciones fiscales reseñadas en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y en la competencia, ha de recordarse que, a efectos de la calificación como ayuda de Estado de una medida nacional, conforme a la consolidada jurisprudencia del TJUE:

(i) No es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda de que se trate en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia ( sentencia 9 de octubre de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia , C-522/13 , ECLI:EU:C:2014:2262, apartado 52, que remite a la sentencia de 8 de mayo de 2013, Libert y otros , C-197/11 y C- 203/11, ECLI:EU:C:2013:288, apartado 76 y jurisprudencia citada);

(ii) Cuando una ayuda otorgada por un Estado miembro sirve para reforzar la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta en los intercambios comerciales intracomunitarios, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda ( sentencia Ministerio de Defensa y Navantia , C- 522/13 , apartado 53, que remite a la sentencia Libert y otros , apartado 77 y jurisprudencia citada);

(iii) No es necesario que las empresas beneficiarias participen en los intercambios comerciales intracomunitarios, porque cuando un Estado miembro concede una ayuda a empresas, la actividad interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión ( sentencia de 14 de enero de 2015, Eventech , C-518/13 , ECLI:EU:C:2015:9, apartado 67, que remite a la mencionada sentencia Libert y otros , apartado 78, y jurisprudencia citada), y

(iv) No existe un umbral o porcentaje por debajo del cual pueda considerarse que los intercambios entre Estados miembros no se ven afectados, por lo que la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen a priori la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros (sentencia Eventech , apartado 68, que reenvía a la sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg , C-280/00 , EU:C:2003:415, apartado 81).

Por consiguiente, en el mercado de distribución al detalle en el que operan los establecimientos comerciales ubicados en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, nada impide entender cumplidos los requisitos segundo y cuarto que deben concurrir para considerar existente una ayuda de Estado, en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, relativos a la incidencia de las exoneraciones fiscales del IGEC asturiano reseñadas en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y en la competencia, respectivamente.

5.2.3. En lo que atañe a la apreciación del criterio de selectividad, tercer y último requisito, resulta de la consolidada jurisprudencia que el artículo 107 TFUE , apartado 1, requiere que se determine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen (sentencias Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke , C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, apartado 41; British Aggregates/Comisión , C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, apartado 82, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, apartado 75), sin olvidar que el artículo 107 TFUE , apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que define a éstas en función de sus efectos y, por lo tanto, independientemente de las técnicas utilizadas (sentencias British Aggregates/Comisión , C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, apartados 85 y 89, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, apartado 87).

Si se tiene en cuenta que las referidas exoneraciones del IGEC asturiano resultan independientes de la ubicación del establecimiento comercial dentro o fuera de la trama urbana consolidada, puede dudarse cuando menos de que no estén favoreciendo a determinadas empresas o producciones en relación con otras empresas, las que teniendo una ubicación física equiparable en la trama urbana no disfrutaban de esas exoneraciones, puesto que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, atendida la finalidad de protección medioambiental y de ordenación del territorio del IGEC asturiano.

Haciendo nuestras las palabras del Director General Adjunto de Ayudas Estatales de la DG COMP, en la carta que dirigió a los Secretarios de Estado de Economía y de Comercio del Gobierno de España el 28 de noviembre de 2014: «La justificación general ofrecida para excluir a los pequeños establecimientos y a las tiendas especializadas del ámbito de aplicación del impuesto es que supuestamente tienen un menor impacto negativo sobre el medio ambiente, las infraestructuras y las políticas de planificación urbana. Sin embargo, no se han facilitado datos que apoyen este argumento, y el nivel del umbral o la elección de actividades exentas no parecen estar respaldadas por ningún estudio u otras pruebas convincentes» .

5.2.4. La segunda cuestión prejudicial

¿El artículo 107 TFUE , apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, la no sujeción al IGEC asturiano de los establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m<sup>2</sup>, y de los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m<sup>2</sup>, cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?

En virtud de lo expuesto,

### **LA SALA ACUERDA**

#### **Primero.**

Suspender el procedimiento hasta la resolución de este incidente prejudicial.

#### **Segundo.**

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1ª) ¿Los artículos 49 y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la existencia de un impuesto regional que grava el funcionamiento de grandes establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea igual o superior a 4.000 m<sup>2</sup> por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano de esa región, pero que opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta: (i) que no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m<sup>2</sup>, sea cual sea la suma de la superficie útil de exposición y venta al público de todos sus establecimientos, y (ii) que no somete a gravamen a los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m<sup>2</sup>, cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?.

2ª) ¿El artículo 107 TFUE , apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, la no sujeción al IGEC asturiano de los establecimientos comerciales, individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público inferior a 4.000 m<sup>2</sup>, y de los grandes establecimientos comerciales individuales, cuya superficie útil de exposición y venta al público no exceda de 10.000 m<sup>2</sup>, cuando desempeñen única y exclusivamente actividades de jardinería, de venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales?

#### **Tercero.**

Interesar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la acumulación de estas cuestiones prejudiciales con las planteadas en el recurso de casación 3797/2012, habida cuenta de las concomitancias existentes entre el IGEC catalán y el IGEC asturiano.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

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.