

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

Referencia: NFJ062301

**TRIBUNAL SUPREMO**

Auto de 10 de marzo de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 3797/2012

**SUMARIO:**

**CC.AA. Cataluña. Tributos propios. Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales. Políticas y principios del Derecho Comunitario. Libertad de establecimiento.** Obviar o restar importancia a la finalidad perseguida por el IGEC de mejorar la posición competitiva en el sector del pequeño y mediano comercio frente a las grandes superficies comerciales, como denota la posición de la Generalitat de Catalunya, poniendo el énfasis en su finalidad de protección del medioambiente y ordenación del territorio, resulta un esfuerzo baldío.

Se acuerda el planteamiento ante el TJUE de las siguientes cuestiones prejudiciales:

-Si 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 la utilización de grandes superficies comerciales individuales cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m<sup>2</sup> por razón del impacto que pueden ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de esa región, pero que legalmente opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y prácticamente recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta que: (i) no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales con una superficie de venta individual inferior a 2.500 m<sup>2</sup>, sea cual sea la suma de la superficie de venta de todos sus establecimientos; (ii) exonera a los grandes establecimientos comerciales colectivos; (iii) exige a los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (iv) hace tributar únicamente por el 40 por ciento de la base liquidable que les corresponda a los dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje.

-Si el art. 107.1 de la citada norma debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, (i) la exoneración total en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea inferior a 2.500 m<sup>2</sup>, de los establecimientos comerciales colectivos y de los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (ii) la exoneración parcial en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje.

-Si las exoneraciones totales y parciales del IGEC reseñadas constituyen ayudas de Estado en el sentido del art. 107.1 del Tratado de Funcionamiento, cuál sería el alcance temporal de esa decisión, habida cuenta de la existencia y del contenido de la carta que, con fecha 2 de octubre de 2003, el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP remitió a la Representación del Reino de España ante la Unión Europea, en relación con el asunto CP 11/01 -supuestas ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña de acuerdo con la Ley del Parlament de Catalunya-.

**PRECEPTOS:**

Tratado de 25 de marzo de 1957 (Funcionamiento de la UE), arts. 49, 52, 54, 107, 110 y 267.

Ley 16/2000 de Cataluña (Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales), arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

Ley 15/2000 de Cataluña (Medidas Fiscales y Administrativas), disp. adic. quinta.

Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo (Disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE), arts. 1, 17 y 18.

**PONENTE:**

*Don Manuel Vicente Garzón Herrero.*

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**

### **Primero.**

La Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (en lo sucesivo, «ANGED»), mediante escrito registrado el 12 de diciembre de 2012, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2012 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desestimatoria del recurso 262/02, que promovió frente al Decreto de la Generalitat de Catalunya 342/2001, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales de Cataluña [«IGEC»] (Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya [«DOGC»], número 3542, de 28 de diciembre de 2001).

La sentencia recurrida cuenta con un voto particular discrepante, firmado por un miembro de la sala, quien en contra de lo razonado por la mayoría en el fundamento de derecho cuarto, número 4, concluye: «hubiese procedido el planteamiento de una cuestión prejudicial para aclarar las dudas en torno a una eventual restricción de la libertad de establecimiento -y/o de su justificación- como consecuencia del régimen jurídico impositivo específico que supone el IGEC para los grandes establecimientos comerciales, dada la afectación real, evidenciada por la STJUE de 24 de marzo de 2011, que ciertos aspectos de su régimen jurídico puede proyectar sobre dicha libertad fundamental».

ANGED solicitó a esta sala el dictado de sentencia que «case y anule la sentencia recurrida, procediendo a anular el Decreto 324/2001 por el que se aprueba el Reglamento del IGEC (previa elevación, en su caso, de la correspondiente cuestión prejudicial de Derecho comunitario y/o de inconstitucionalidad)».

### **Segundo.**

La Generalitat de Catalunya se opuso al recurso de casación en escrito registrado el 13 de mayo de 2013, interesado su desestimación.

### **Tercero.**

En diligencia de ordenación de 30 de mayo de 2014, el recurso fue señalado para votación y fallo para el día 22 de octubre siguiente.

### **Cuarto.**

El 10 de octubre de 2014, ANGED presentó escrito informando de las denuncias que había formulado ante la Dirección General de Mercado Interior y Servicios [«DG MARKET»] -trasladada después a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera [«DG TAXUD»]- y ante la Dirección General de Competencia [«DG COMP»] de la Comisión Europea, y del estado en que se encontraban los dos expedientes abiertos en relación con la posible vulneración por el IGEC (i) de la libertad de establecimiento y (ii) del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado. En diligencia de ordenación de 13 de octubre de 2014 se dio traslado a la Generalitat de Catalunya, para que alegase lo que a su derecho conviniera, lo que hizo mediante escrito registrado el día 21 del mismo mes.

### **Quinto.**

En providencia de 27 de octubre de 2014 esta sala dejó sin efecto el señalamiento para deliberación, votación y fallo previamente acordado, ordenando: «Dese cuenta de la resolución del procedimiento abierto contra el Reino de España por la Comisión (6978/14/TAXU) a que se refiere el escrito del Procurador D. José Manuel

Villasante García, actuando en nombre y representación de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución, debiendo la parte recurrente comunicar a esta Sala el resultado de dicho procedimiento».

#### **Sexto.**

El 9 de marzo de 2015, ANGED registró otro escrito, acompañando un documento de la DG COMP, fechado el 28 de noviembre de 2014 y firmado por el Director General Adjunto de Ayudas Estatales, relativo al asunto «SA.36205 (2013/CP) - Supuesta ayuda estatal a pequeños comercios minoristas de seis regiones españolas», con el que informa 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».

Evacuado traslado a la Generalitat de Catalunya para que alegase lo que a su derecho conviniera, formuló alegaciones el 17 de abril de 2015.

#### **Séptimo.**

En providencia de 8 de junio de 2015 esta sala acordó oír «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 de la Ley 16/2000, de 29 de diciembre, del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales - cuyo reglamento, aprobado por Decreto de la Generalidad de Cataluña 342/2001, de 24 de diciembre, constituye el objeto del pleito- con los 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, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

#### **Octavo.**

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 Parlament de Catalunya 16/2000, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales, 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».

#### **Noveno.**

La Generalitat de Catalunya se opuso a que se suscite la cuestión prejudicial, por no considerarla necesaria para resolver el recurso de casación, con base en las siguientes alegaciones:

«Primera. Falta de determinación de las dudas interpretativas del Derecho Comunitario que según este Tribunal Supremo deben someterse a la decisión prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que afecta el derecho de las partes a un proceso con todas las garantías procesales garantizado por el artículo 24 CE».

«Segunda. Naturaleza del IGEC, controversias constitucionales y actuaciones llevadas a cabo por la Comisión Europea».

«Tercera. Los artículos 49 y 54 del TFUE no se oponen a la existencia de un impuesto medioambiental como el IGEC, creado por la Ley del Parlamento de Catalunya 16/2000 de 29 de diciembre».

«Cuarta. El artículo 107.1 del TFUE no se opone a la existencia del impuesto ambiental sobre las grandes superficies comerciales que regula la Ley del Parlamento de Catalunya 16/2000».

En otrosí primero suplica, para el caso de que esta sala resuelva plantear cuestión prejudicial, que se otorgue «un nuevo trámite de audiencia en el que especifique las dudas interpretativas del derecho comunitario que alberga en relación con los preceptos autonómicos controvertidos, y anticipe el sentido de las preguntas que pretenda formular al TJUE».

En otrosí segundo interesa, para el caso de que esta sala mantenga sus dudas interpretativas vistas las alegaciones presentadas, que «difiera la continuación del presente proceso y en todo caso el planteamiento de la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 del TFUE, al resultado de los procedimientos que se siguen ante la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (SA.36205 ayudas de Estado) y ante la Dirección

General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea (EU pilot 6978/14/TAXU, infracción del art. 49 TFUE )».

#### **Décimo.**

El Ministerio Fiscal consideró procedente y pertinente el planteamiento de la cuestión prejudicial: (i) en relación con la «infracción de la libertad de establecimiento regulada en el art. 49 TFUE », porque sustancialmente comparte la postura sostenida por la parte recurrente y el voto particular formulado a la sentencia de instancia, y (ii) en relación con la «infracción de la prohibición de ayudas de Estado establecida por el artículo 107 TFUE », porque, tal y como se plantea en este proceso, constituye el «reverso funcional» de la presunta restricción de la libertad de establecimiento.

El Fiscal razona que la práctica habitual de esta sala es concretar las dudas interpretativas del Derecho de la Unión Europea en relación con los preceptos de Derecho autonómico controvertidos, anticipando el sentido de las preguntas a formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea [«TJUE», en adelante], pero considera que esta forma usual de proceder es un requisito de mera utilidad del trámite, y en este caso de lo actuado se desprende nítidamente «el objeto de la duda y los preceptos afectados por ella, tanto desde el punto de vista del Derecho Nacional como del Derecho de la Unión Europea».

El Fiscal considera improcedente posponer la continuación del proceso -en concreto, el planteamiento de la cuestión prejudicial- hasta la resolución de los expedientes abiertos por la Comisión Europea, porque el TJUE tiene plena jurisdicción para pronunciarse sobre «la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión» - artículo 267.b) TFUE -, no siendo compatible con dicha norma «la pretensión de articular una especie de cuestión prejudicial suspensiva de la cuestión prejudicial que condicionaría y subordinaría la decisión del TJUE al criterio adoptado por la Comisión Europea».

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzon Herrero , Presidente de la Sección

### **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

#### **Primero.**

El marco jurídico nacional

1.1. La Ley del Parlament de Catalunya 16/2000, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales (DOGC número 3295, de 30 de diciembre de 2000), crea este impuesto propio de la Comunidad Autónoma de Catalunya, con sustento en los tres siguientes pilares (apartado I del Preámbulo):

(a) «[L]as potenciales externalidades negativas que la implantación de los mismos produce tanto en el sector de la distribución comercial como en la ordenación territorial y en el medio ambiente»;

(b) La existencia de «una singular capacidad económica, directamente vinculada a la circunstancia de la utilización de grandes superficies: no sólo porque la ocupación de grandes extensiones es en ella misma denotativa de capacidad económica, sino también porque les facilita un aumento notorio del volumen de operaciones y, por lo tanto, la adquisición de una posición dominante en el sector», y

(c) La existencia «de un sobrebeneficio de estas entidades en tanto que no asumen el coste de las externalidades negativas sobre el medio ambiente y el territorio y la distribución comercial».

1.2. El Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales se exige en todo el territorio catalán y se crea, según el legislador, con un carácter marcadamente extrafiscal y la finalidad de corregir y compensar «el impacto territorial y medioambiental que puede ocasionar este fenómeno de concentración de grandes superficies comerciales, y también a la atención de las necesidades de modernización y fomento del comercio integrado en trama urbana», en tanto que «las grandes empresas de distribución y de venta al detalle se benefician de una posición de preeminencia que les permite aumentar su competitividad respecto al pequeño y el mediano comercio, incapaces de mantener su cuota de mercado ante las ventajas que ofrecen al consumidor los grandes establecimientos comerciales» y, «[d]esde este punto de vista, el impuesto tiende a reequilibrar la posición competitiva de uno y otro tipo de empresas, incidiendo en la capacidad económica superior de las que, por su gran dimensión, gozan de una posición de dominio en el mercado» (apartado II del Preámbulo).

1.3. El artículo 2 de la citada Ley 16/2000 dispone que el IGEC «grava la singular capacidad económica que concurre en determinados establecimientos comerciales como consecuencia de estar implantados como grandes superficies, dado 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».

El artículo 3 afecta la recaudación por este impuesto, de acuerdo con los criterios que se establezcan por Ley del Parlament de Catalunya , al (a) fomento de medidas para modernizar el comercio urbano de Cataluña, y al

(b) desarrollo de planes de actuación en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales.

La disposición adicional quinta de la Ley del Parlament de Catalunya 15/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (DOGC número 3295, de 30 de diciembre de 2000) estableció los criterios de distribución de los ingresos provenientes del IGEC:

«Los ingresos obtenidos por la entrada en vigor de la normativa reguladora del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales deben distribuirse de acuerdo con los siguientes criterios:

40% mercados municipales y urbanismo comercial.

25% planes de dinamización comercial.

25% fomento del comercio asociado y líneas de financiación subsidiada para el comercio urbano.

10% planes de actuación medioambientales en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales».

El artículo 17 de la Ley del Parlament de Catalunya 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (DOGC, número 3791, de 31 de diciembre de 2002), modificó la disposición adicional quinta de la citada Ley 15/2000, quedando redactada en los siguientes términos:

«Los ingresos obtenidos del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, que en ningún caso pueden ser destinados a ayudas específicas para empresas comerciales, deben distribuirse de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Un mínimo del 40% debe ser destinado a infraestructuras de equipamiento municipal y de urbanismo comercial.

b) Un mínimo del 30% debe ser destinado a desarrollo de planes de actuación y dinamización comercial en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales.

c) Un mínimo del 10% debe ser destinado a desarrollo de planes de actuación medioambientales en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales».

1.4. El hecho imponible del IGEC consiste en la utilización de grandes superficies con finalidades comerciales por razón del impacto que puede ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de Cataluña (artículo 4.1). A estos efectos:

- Se entiende por utilización de grandes superficies con finalidades comerciales la que llevan a cabo los grandes establecimientos comerciales individuales dedicados a la venta al detalle (artículo 4.2).

- Son grandes establecimientos comerciales individuales los que disponen de una superficie de venta igual o superior a los 2.500 m<sup>2</sup> (artículo 4.3).

1.5. Está exenta del IGEC la utilización de grandes superficies llevada a cabo por grandes establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales (artículo 5).

1.6. Los contribuyentes del IGEC son las personas físicas o jurídicas titulares del gran establecimiento comercial individual, se encuentre éste situado o no en un gran establecimiento comercial colectivo (artículo 6).

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 apertura o ampliación hasta el 31 de diciembre, o desde el 1 de enero a la fecha de clausura (artículo 12). El IGEC se devenga el último día del período impositivo (artículo 13).

1.8.1. El importe a satisfacer por el IGEC se obtiene aplicando a la cuota tributaria, en su caso, la bonificación del 40% prevista para los grandes establecimientos individuales, cuando se acceda con (a) tres medios de transporte público o más, además del vehículo privado, o con (b) dos medios de transporte público o más, además del vehículo privado, siempre que el establecimiento esté situado en un municipio de hasta 50.000 habitantes no integrado en el ámbito de actuación de la Autoridad del Transporte Metropolitano (artículo 11).

La domiciliación bancaria del pago de la deuda tributaria da derecho, en todo caso, a una deducción del 1% sobre la cuota tributaria.

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 (artículo 10).

Cuota tributaria = Base liquidable x Tipo de gravamen.

1.8.3. El tipo de gravamen se establece en 17,429 euros por metro cuadrado (artículo 9).

1.8.4. La base liquidable se obtiene de aplicar a la base imponible el coeficiente que corresponda, en función de la superficie del terreno ocupada por la proyección horizontal del establecimiento (artículo 8):

- Superficie de menos de 5.000 m<sup>2</sup>: 0,6
- Superficie entre 5.000 y menos de 10.000 m<sup>2</sup>: 0,8
- Superficie igual o superior a 10.000 m<sup>2</sup>: 1

En el caso de sujetos pasivos dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y los centros de bricolaje, se aplica una reducción de la base liquidable anterior del 60%.

1.8.5. La base imponible consiste en la superficie total del gran establecimiento comercial individual, expresada en metros cuadrados. La superficie total se obtiene sumando las superficies siguientes (artículo 7):

- a) La superficie de venta, reducida en 2.499 m<sup>2</sup> en concepto de mínimo exento.
- b) La superficie destinada a:

-Almacenes: la destinada a guardar los productos, las mercancías o las existencias en stock para reponerlos en la zona de venta, sin computar el espacio destinado a funciones de depósito de las mercancías ya vendidas y pendientes de ser retiradas.

-Talleres, obradores y espacios de producción: la destinada a preparar los productos o mercancías por reponerlos en la zona de venta.

El contribuyente puede optar por declarar la superficie destinada a estas funciones, reducida en la proporción que resulte de la relación entre la superficie de venta reducida y la superficie de venta real, o bien declarar la superficie que resulte de aplicar sobre la superficie de venta reducida el coeficiente siguiente:

- Superficie de venta real hasta 5.000 m<sup>2</sup>: 0,15
- Superficie de venta real entre 5.000 y 10.000 m<sup>2</sup>: 0,25
- Superficie de venta real de más de 10.000 m<sup>2</sup>: 0,35

c) La superficie de aparcamiento destinado preferentemente al uso de los clientes: esta superficie se obtiene de aplicar a la superficie de venta reducida el coeficiente que corresponda:

- Establecimientos de superficie entre 2.500 y menos de 5.000 m<sup>2</sup>: 1,2
- Establecimientos de superficie entre 5.000 y menos de 10.000 m<sup>2</sup>: 1,4
- Establecimientos de superficie igual o superior a 10.000 m<sup>2</sup>: 1,8

-Establecimientos especializados -establecimientos dedicados, preferentemente, a la venta de una determinada gama de productos de consumo ocasional destinados al menaje del hogar, incluido el mobiliario, al equipamiento de la persona, al bricolaje, a la venta de juguetes, de artículos deportivos o culturales y de ocio-: 0,5

Base imponible = Superficie de venta reducida + Superficie de almacenes y producción + Superficie de aparcamiento.

## **Segundo.**

Los hechos del litigio ante el Tribunal Supremo

2.1. El 21 de febrero de 2002, ANGED interpuso recurso contencioso-administrativo (número 262/02) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya contra el Decreto de la Generalitat de Catalunya 342/2001, al considerar que incurría en diversas infracciones de preceptos constitucionales y legales.

2.2. El 2 de octubre de 2003, el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP remitió una carta a la Representación del Reino de España ante la Unión Europea, en relación con el asunto CP 11/01, supuestas ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña de acuerdo con la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000, en la que informa:

«La Dirección General de Competencia de la Comisión Europea recibió una queja sobre el nuevo impuesto establecido por la Generalidad de Cataluña mediante ley 16/2000 de 29 de diciembre de 2000 que grava la superficie ocupada por los grandes establecimientos comerciales ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña por considerar que constituía una ayuda pública al pequeño comercio contraria al artículo 87 del Tratado CE .

La Comisión solicitó de las autoridades españolas clarificaciones e información complementaria respecto a ese tributo. Las autoridades españolas han informado a la Comisión de que la Disposición Adicional 5 de la Ley 15/2000 [...] ha sido modificada por el artículo 17 de la Ley 31/2002 de 30 de diciembre de 2002 [...] Esta disposición, que recoge los criterios de distribución de los ingresos provenientes del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, queda redactada del siguiente modo: [...]

En el curso de sus investigaciones, la Comisión ha analizado las características del impuesto desde el punto de vista del artículo 87 párrafo 1 del Tratado CE [...]

Los ingresos provenientes de dicho tributo no serán destinados en ningún caso a ayudas específicas para empresas comerciales sino a la financiación de infraestructuras de equipamiento municipal y de urbanismo comercial, al desarrollo de planes de actuación y dinamización comercial así como al desarrollo de planes de actuación medioambientales. Los ingresos obtenidos con la recaudación del impuesto sobre grandes superficies comerciales no favorecerán a ninguna empresa en particular o a un sector de actividad concreto sino que persiguen un objetivo de interés general, benefician al conjunto de la sociedad y no puede considerarse que favorezcan a un tipo determinado de empresas, más concretamente al pequeño comercio urbano.

Las autoridades españolas han asegurado a los servicios de la Comisión que la Generalidad de Cataluña no ha financiado en ningún caso ayudas a empresas comerciales con cargo a los fondos recaudados en base al impuesto sobre grandes establecimientos comerciales.

Por estas razones, y a la vista de las informaciones disponibles actualmente, los servicios de la Dirección General de Competencia consideran que no hay razones para continuar la investigación en base a las disposiciones sobre ayudas estatales del Tratado CE.

Ese archivo por parte de la Dirección General de Competencia no prejuzga el análisis del nuevo impuesto que otras Direcciones Generales de la Comisión puedan llevar a cabo a la luz de otras normas del Tratado CE».

2.3. En auto de 29 de junio de 2005, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya acordó suspender la tramitación del recurso 262/02 hasta que se resolviera el recurso de inconstitucionalidad 1772/2001, que había sido promovido por el Presidente del Gobierno de España ante el Tribunal Constitucional contra la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000.

2.4. El 5 de junio de 2012, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 122/2012 (Boletín Oficial del Estado número 159 , de 4 de julio de 2012), en la que desestima el recurso de inconstitucionalidad 1772/2001 .

2.5. En providencia de 25 de julio de 2012, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya rechazó las peticiones formuladas por ANGED en el escrito registrado el 20 de julio de 2012, con el que recurrió en reposición la previa providencia de señalamiento del recurso para votación y fallo, al estimar que «entrañan un fraude procesal, habida cuenta de que se dice pretenderse el reconocimiento a formular alegaciones en relación con la incidencia que pueda tener la STC 122/2012, de 5 de junio de 2012 , en la resolución del presente proceso y se tengan por realizadas las alegaciones que se contienen en el propio escrito en tal sentido, cuando es lo cierto que ninguna de tales alegaciones hacen referencia a tal incidencia [...], sino que se trata de la ampliación de lo alegado en la demanda y de pretensiones adicionales no contenidas en ellas, como la relativa al planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de una cuestión prejudicial, con manifiesta infracción del principio prohibitivo de la mutatio libelli [...]».

2.6. El 27 de septiembre de 2012, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia desestimatoria del recurso 262/02 .

2.7. El 12 de diciembre de 2012, ANGED interpuso recurso de casación contra la citada sentencia. En el segundo motivo de casación de su recurso, la asociación recurrente sostiene que el IGEC:

(i) Constituye una medida de efecto equivalente a una restricción de entrada en el mercado, discriminatoria y desproporcionada, que resulta contraria a los artículos 49 y 52 TFUE , tal y como han sido interpretados estos preceptos por el TJUE;

(ii) Vulnera el artículo 110 TFUE , porque grava directamente productos (formatos de establecimiento, en este caso) de operadores de otros Estados miembros con tributos internos que no gravan los productos (o formatos de establecimientos) nacionales, catalanes en particular, e

(iii) Infringe el artículo 107 TFUE , en cuanto supone una ayuda pública de carácter eminentemente proteccionista, a favor del pequeño comercio tradicional catalán, incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

La Generalitat de Catalunya interesó la inadmisión de este segundo motivo de casación, por tratar cuestiones nuevas que no fueron planteadas ni en la demanda ni en el escrito de conclusiones.

2.8. 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).

2.9. El 20 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 TJUE 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.

2.10. 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 sea 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. En providencia de 8 de junio 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 de la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000, -cuyo reglamento, aprobado por Decreto de la Generalitat de Catalunya 342/2001, constituye el objeto del pleito- con los artículos 49 y 54 TFUE -que prohíben las restricciones, directas o indirectas, de la libertad de establecimiento- y 107 TFUE -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-.

### **Tercero.**

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)».

3.2.2. Ayudas nuevas y existentes

El apartado b), número v ), y el apartado c) del artículo 1 del Reglamento (CE ) 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie L 83/1, de 27 de marzo de 1999), disponen: «A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

b) "ayuda existente": [...]

(v) la ayuda considerada como ayuda existente al poder acreditarse que en el momento en que se llevó a efecto no constituía una ayuda, y que posteriormente pasó a ser una ayuda debido a la evolución del mercado común y sin haber sido modificada por el Estado miembro. Cuando determinadas medidas pasen a ser ayudas tras la liberalización de una determinada actividad por la legislación comunitaria, dichas medidas no se considerarán como ayudas existentes tras la fecha fijada para la liberalización;

c) "nueva ayuda": toda ayuda, es decir, los regímenes de ayudas y ayudas individuales, que no sea ayuda existente, incluidas las modificaciones de ayudas existentes».

El artículo 17.2 del Reglamento (CE ) 659/1999 establece:

«Cuando la Comisión considere que un régimen de ayudas no es o ha dejado de ser compatible con el mercado común, informará al Estado miembro interesado acerca de esta conclusión preliminar y le ofrecerá la oportunidad de presentar sus observaciones en el plazo de un mes. En casos debidamente justificados, la Comisión podrá prorrogar dicho plazo».

El artículo 18 del Reglamento (CE ) 659/1999, por su parte, preceptúa:

«Si la Comisión, a la luz de la información facilitada por un Estado miembro en virtud de lo dispuesto en el artículo 17, llegara a la conclusión de que un régimen de ayudas existente no es o ha dejado de ser compatible con el mercado común, emitirá una recomendación en la que propondrá al Estado miembro interesado medidas apropiadas.

Dicha recomendación podrá consistir, en particular, en:

- a) una modificación de fondo del régimen de ayudas,
- b) la fijación de requisitos de procedimiento, o
- c) la supresión del régimen de ayudas».

El artículo 108 TFUE preceptúa:

«1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado interior.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine. [...]».

En los apartados 94 y 95 de la sentencia del TJUE de 9 de junio de 2011, Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión , C-465/09 P, ECLI:EU:C:2011:372, se lee:

«94. [S]e deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que un acto en materia de ayudas estatales, sea cual sea su forma, constituye una decisión cuando, habida cuenta de la esencia del acto y de la intención de la Comisión, esta última haya fijado definitivamente a través de dicho acto, al término de la fase de examen preliminar, su postura sobre la medida de que se trate y, por tanto, cuando haya llegado a la conclusión de que dicha medida constituía o no una ayuda, de que no suscitaba dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común o de que las suscitaba (véase en este sentido la sentencia [de 17 de julio de 2008], Athinaïki Techniki/Comisión , [C-521/06 P, Rec. p. I-5829], antes citada, apartado 46).

95. La existencia de tal decisión debe poder constatarse mediante datos objetivos y corresponder a una expresión clara y definitiva de la postura de la Comisión con respecto a la medida de que se trate».

#### **Cuarto.**

Los presupuestos del reenvío prejudicial

4.1. Esta sala se enfrenta con un litigio cuya solución depende, en buena medida, de: (i) si el IGEC implica o no una restricción a la libertad de establecimiento incompatible con el Derecho de la Unión Europea; (ii) si constituye o no para los comerciantes exonerados del mismo una ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la Unión Europea y, (iii) de constituir una ayuda de Estado prohibida, si podría ser considerada y hasta cuando como una ayuda de Estado existente, al objeto de precisar el alcance temporal de la contravención.

En función de cuál sea la interpretación del TJUE, el Tribunal Supremo estará en condiciones de juzgar sobre la adecuación de las normas españolas al ordenamiento de la Unión Europea, a lo que está obligado, pese al momento procesal en que ANGED sostuvo las eventuales vulneraciones del Derecho de la Unión Europea por la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000 -cuyo Reglamento de desarrollo constituye el objeto de este pleito-, pues no comparte el parecer mayoritario de los jueces de instancia sobre el particular [véase la letra a) del fundamento de derecho cuarto, número 4, de la sentencia recurrida], compartiendo en sustancia lo manifestado al respecto por el magistrado discrepante [véanse los argumentos 1º y 2º de su voto particular].

Emitido ese juicio, esta sala podrá resolver sobre la nulidad del Decreto de la Generalitat de Catalunya 342/2001, que aprueba el Reglamento del IGEC, por disconformidad con el Derecho de la Unión Europea de la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000, creadora 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. Basta leer el razonamiento jurídico 2 de este auto y examinar 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 la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000. En la misma línea abunda la existencia de opiniones enfrentadas entre los miembros de la Sala de instancia, manifestadas en el voto discrepante emitido por uno de ellos.

4.3. Reputamos innecesario otorgar un nuevo trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, tras especificar las dudas interpretativas del Derecho de la Unión Europea que albergamos en relación con los preceptos autonómicos y anticipar el sentido de las preguntas que pretendemos formular al TJUE, como solicitó la Generalitat de Catalunya en el escrito de alegaciones, porque dicho trámite nada nuevo aportaría al proceso, ni de su ausencia deriva indefensión alguna, puesto que, parafraseando al Tribunal Constitucional, «corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente determinar y formular las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Derecho de la Unión, que sean necesarias para resolver el litigio principal» ( STC 212/2014, de 18 de diciembre , FJ 2º).

Tampoco entendemos pertinente diferir el planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE hasta que se conozca el resultado de los procedimientos que en relación con el IGEC establecido por seis Comunidades Autónomas del Reino de España (Cataluña, Principado de Asturias, Aragón, Navarra, Canarias y La Rioja) se siguen ante la DG COMP (SA.36205) y ante la DG TAXUD (EU pilot 6978/14/TAXU) de la Comisión Europea, como también interesó la Generalitat de Catalunya en su escrito de alegaciones, porque si atendiéramos a esa solicitud demoraríamos innecesariamente el conocimiento de la decisión del TJUE.

## **Quinto.**

Las cuestiones prejudiciales

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

5.1.1. El contenido del apartado II del Preámbulo de la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000 evidencia que el IGEC tiende: (i) «a la corrección y a la compensación del impacto territorial y medioambiental que puede ocasionar [la] concentración de grandes superficies comerciales»; (ii) «a la atención de las necesidades de modernización y fomento del comercio integrado en trama urbana», y (iii) «a reequilibrar la posición competitiva de uno y otro tipo de empresas, incidiendo en la capacidad económica superior de las que, por su gran dimensión, gozan de una posición de dominio en el mercado», dado que «las grandes empresas de distribución y de venta al detalle se benefician de una posición de preeminencia que les permite aumentar su competitividad respecto al pequeño y el mediano comercio».

El IGEC no tiene pues una finalidad exclusivamente de protección medioambiental y de ordenación del territorio, porque también pretende mejorar la posición competitiva en el sector del pequeño y mediano comercio frente a las grandes superficies comerciales.

El artículo 2 de la Ley 16/2000, «Objeto del impuesto», corrobora lo afirmado, permitiendo incluso dudar sobre cuál de las finalidades reseñadas resulta prioritaria, al disponer que el IGEC «grava la singular capacidad económica que concurre en determinados establecimientos comerciales como consecuencia de estar implantados como grandes superficies, dado 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».

Repárese para apreciar lo afirmado en el diferente énfasis que el legislador pone en las dos consecuencias que anuda a la circunstancia que expone: la implantación de establecimientos comerciales en

grandes superficies (i) « contribuye de manera decisiva a tener una posición dominante en el sector» y (ii) « puede generar externalidades negativas en el territorio y el medio ambiente, cuyo coste no asumen».

Los criterios de afectación de los ingresos obtenidos por el IGEC, conforme al artículo 3 de la citada Ley 16/2000 y la disposición adicional quinta de la Ley del Parlament de Catalunya 15/2000 , en su redacción por el artículo 17 de la Ley del Parlament de Catalunya 31/2002 , nuevamente denotan que la finalidad del IGEC no es únicamente de protección medioambiental y de ordenación del territorio:

«Los ingresos obtenidos del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, que en ningún caso pueden ser destinados a ayudas específicas para empresas comerciales, deben distribuirse de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Un mínimo del 40% debe ser destinado a infraestructuras de equipamiento municipal y de urbanismo comercial.

b) Un mínimo del 30% debe ser destinado a desarrollo de planes de actuación y dinamización comercial en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales .

c) Un mínimo del 10% debe ser destinado a desarrollo de planes de actuación medioambientales en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales».

El apartado 1 del artículo 4, «Hecho imponible», de la Ley 16/2000 ratifica la misma conclusión, cuando dispone: «[c]onstituye el hecho imponible del impuesto la utilización de grandes superficies comerciales por razón del impacto que puede ocasionar al territorio , al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de Catalunya ».

Obviar o restar importancia a la finalidad perseguida por el IGEC de mejorar la posición competitiva en el sector del pequeño y mediano comercio frente a las grandes superficies comerciales, como denota la posición de la Generalitat de Catalunya, poniendo el énfasis en su finalidad de protección del medioambiente y ordenación del territorio, resulta un esfuerzo baldío por cuanto ha quedado expuesto.

5.1.2. El IGEC recae sobre los grandes establecimientos comerciales individuales, debiéndose entender por tales aquéllos de venta al detalle cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m<sup>2</sup>, pero no grava los grandes establecimientos comerciales colectivos, sea cual sea la superficie de venta, sin perjuicio de que resulten sujetos al IGEC los grandes establecimientos comerciales individuales integrados en los grandes establecimientos comerciales colectivos ( artículos 4, apartados 2 y 3 , y 6 de la Ley 16/2000 ).

El umbral de 2.500 m<sup>2</sup> de superficie, según la Generalitat de Catalunya, «marca de modo muy certero el punto de separación entre, por un lado, un modelo de negocio inserto en una trama urbana, que recibe la mayoría de desplazamientos a pie, y, por otro lado, un modelo basado en recorridos de grandes distancias en coche privado».

Puede discutirse cuando menos que existan en los autos pruebas suficientes para avalar la rotundidad de tales afirmaciones de la Administración recurrida, pero resulta indiscutible: (i) por un lado, que un establecimiento comercial colectivo de 20.000 m<sup>2</sup> de superficie de venta, por ejemplo, con independencia de su ubicación fuera o dentro de la trama urbana consolidada, no está sujeto al IGEC, sólo estarán sujetos a ese impuesto los establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m<sup>2</sup> sitios en ese establecimiento comercial colectivo, siempre que los haya, y (ii) por otro lado, que un establecimiento comercial individual de esos mismos 20.000 m<sup>2</sup> de superficie de venta, con independencia de su ubicación fuera o dentro de la trama urbana consolidada, está sujeto al IGEC.

Por tanto, este diferente trato de los grandes establecimientos comerciales individuales y colectivos no puede considerarse justificado en la finalidad de protección del medioambiente y ordenación del territorio perseguida por el IGEC.

Ni siquiera todos los establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m<sup>2</sup>, que son los sujetos al impuesto, acaban tributando por el IGEC, puesto que están exentos los «dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales» ( artículo 5 de la Ley 16/2000 ), con independencia nuevamente de su ubicación fuera o dentro de la trama urbana consolidada.

Tampoco este diferente trato en el IGEC de los grandes establecimientos comerciales individuales, atendiendo a su dedicación, puede considerarse justificado en la finalidad de protección del medioambiente y ordenación del territorio perseguida por este impuesto autonómico.

5.1.3. Resulta además que a los grandes establecimientos comerciales individuales dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje, se les aplica una reducción del 60% en la base liquidable del IGEC, esto es, que sólo tributan por el 40% de la base liquidable que les corresponda, nuevamente con independencia de la ubicación del establecimiento comercial individual dentro o fuera de la trama urbana consolidada.

Una vez más este dispar tratamiento en el IGEC de los grandes establecimientos comerciales individuales, atendiendo a su dedicación, no puede considerarse justificado en la finalidad de protección del medioambiente y ordenación del territorio perseguida por el IGEC.

5.1.4. Los contribuyentes del IGEC son las personas físicas o jurídicas titulares del gran establecimiento comercial individual, pero tal y como está diseñado el impuesto, resulta que si un mismo empresario dispone de cinco establecimientos comerciales individuales con una superficie de venta de 2.000 m<sup>2</sup> cada uno, tanto si están ubicados dentro como fuera de la trama urbana consolidada, no está sujeto al IGEC, mientras que si un empresario dispone de un único establecimiento comercial individual cuya superficie de venta sea de 10.000 m<sup>2</sup>, está sujeto al IGEC, independientemente de que dicho establecimiento esté ubicado dentro o fuera de la trama urbana consolidada.

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.

5.1.5. 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 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], pero obra en los autos una carta dirigida por la Comisión de las Comunidades Europeas al Ministro de Asuntos Exteriores del Gobierno de España, con fecha 7 de julio de 2004, en la que se lee (Tomo I, página 280, de los autos de instancia):

«2. Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales.

[...]

Según la información proporcionada a la Comisión, las empresas de origen catalán representan solamente el 11% en superficie, de las empresas de más de 2500 metros cuadrados sujetas al impuesto. El 88,5% de las restantes son empresas de otros Estados miembros ( el 61,5%) o empresas de España pero no catalanas (27,5%)».

Estos datos fácticos, reiteradamente esgrimidos por la asociación recurrente, no han sido contradichos por la Administración recurrida.

Por consiguiente, cabe afirmar que las diferencias de trato entre comerciantes en el IGEC arriba expuestas afectan mayoritariamente a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea, pudiendo constituir una discriminación encubierta que restringe su libertad de establecimiento.

5.1.6. 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.

Insiste una y otra vez la Generalitat de Catalunya en que la justificación del IGEC se haya, precisamente, en la protección del medioambiente y la ordenación del territorio, pero 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.

Parece claro que está operando también la otra finalidad del 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.

5.1.7. 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 adecuadamente acreditado en los autos, y que además no fuera más allá de lo necesario para alcanzar esos objetivos, lo que no parece justificado.

Baste decir para confirmar lo afirmado en último lugar que ANGED [en escrito que registró ante la Sala de instancia el 20 de julio de 2012] puso algunos ejemplos documentados y no contradichos por la Administración recurrida, para evidenciar que la cuantía satisfecha por algunas empresas en concepto de IGEC correspondiente al ejercicio 2011 superaba la cuantía atribuible a esos grandes establecimientos comerciales individuales del montante total del Impuesto sobre Sociedades correspondiente a esas mismas empresas en el ejercicio 2011.

5.1.8. 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 la utilización de grandes superficies comerciales individuales cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m<sup>2</sup> por razón del impacto que pueden ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de esa región, pero que legalmente opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y prácticamente recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta que: (i) no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales con una superficie de venta individual inferior a 2.500 m<sup>2</sup>, sea cual sea la suma de la superficie de venta de todos sus establecimientos; (ii) exonera a los grandes establecimientos comerciales colectivos; (iii) exime a los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (iv)

hace tributar únicamente por el 40% de la base liquidable que les corresponda a los dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje?

## 5.2. Sobre las ayudas de Estado

### 5.2.1. Sobre la existencia de ayudas de Estado prohibidas

5.2.1.1. 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.

5.2.1.2. Las exoneraciones del IGEC mencionadas ut supra, (i) totales (establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea inferior a 2.500 m<sup>2</sup>; establecimientos comerciales colectivos, y establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales), y (ii) parciales (establecimientos comerciales individuales dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje), 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 Navantía, 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 Navantía, 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 de Catalunya, 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 reseñadas en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y en la competencia, respectivamente.

5.2.1.3. 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 exoneraciones del IGEC mencionadas ut supra , totales y parciales, 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.

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».

#### 5.2.1.4. 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, (i) la exoneración total en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea inferior a 2.500 m<sup>2</sup>, de los establecimientos comerciales colectivos y de los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (ii) la exoneración parcial en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje?

#### 5.2.2. Sobre la calificación como ayuda de Estado existente

5.2.2.1. Las exoneraciones totales y parciales del IGEC que motivan la segunda cuestión prejudicial existían desde la aprobación de la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000 y no han sido modificadas posteriormente.

Podrían ser calificadas como ayuda de Estado existente si se acredita que «en el momento en que se llevó a efecto no constituía una ayuda, y que posteriormente pasó a ser una ayuda debido a la evolución del mercado común» [véanse el apartado b), número v ), y el apartado c) del artículo 1 del Reglamento (CE ) 659/1999], no siendo irrelevante, a tal efecto, la carta que, con fecha 2 de octubre de 2003, el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP remitió a la Representación del Reino de España ante la Unión Europea, en relación con el asunto CP 11/01, supuestas ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña de acuerdo con la Ley del Parlament de Catalunya 16/2000.

En esta misiva, después de afirmar que «[e]n el curso de sus investigaciones, la Comisión ha analizado las características del impuesto desde el punto de vista del artículo 87 párrafo 1 del Tratado CE [actual artículo 107.1 TFUE ]», el Director de Ayudas de Estado argumentó:

«Los ingresos provenientes de dicho tributo no serán destinados en ningún caso a ayudas específicas para empresas comerciales sino a la financiación de infraestructuras de equipamiento municipal y de urbanismo comercial, al desarrollo de planes de actuación y dinamización comercial así como al desarrollo de planes de actuación medioambientales. Los ingresos obtenidos con la recaudación del impuesto sobre grandes superficies comerciales no favorecerán a ninguna empresa en particular o a un sector de actividad concreto sino que persiguen un objetivo de interés general, benefician al conjunto de la sociedad y no puede considerarse que favorezcan a un tipo determinado de empresas, más concretamente al pequeño comercio urbano.

Las autoridades españolas han asegurado a los servicios de la Comisión que la Generalidad de Cataluña no ha financiado en ningún caso ayudas a empresas comerciales con cargo a los fondos recaudados en base al impuesto sobre grandes establecimientos comerciales.

Por estas razones, y a la vista de las informaciones disponibles actualmente, los servicios de la Dirección General de Competencia consideran que no hay razones para continuar la investigación en base a las disposiciones sobre ayudas estatales del Tratado CE».

5.2.2.2. Ciertamente es que el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP en esa carta de 2 de octubre de 2003 no hizo consideración alguna sobre las exoneraciones totales y parciales del IGEC de constante referencia, y cierto es también que el Director General Adjunto de Ayudas Estatales de la DG COMP, en la carta de 28 de noviembre de 2014, se centra precisamente en esas exoneraciones para advertir, tras un examen preliminar, la presencia de una ayuda de Estado, pero no es menos cierto que este último entiende 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».

5.2.2.3. Ni el artículo 108 TFUE ni los artículos 17 y 18 del Reglamento (CE ) 659/1999 permiten precisar sin dudas el alcance temporal que tendría la eventual calificación de las exoneraciones totales y parciales del IGEC como ayudas de Estado prohibidas, habida cuenta de los datos fácticos del litigio, pues no se puede olvidar

lo que el TJUE manifestó en la citada sentencia de 9 de junio de 2011, Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión , C-465/09 P:

(i) Que un acto en materia de ayudas estatales, sea cual sea su forma, constituye una decisión cuando, habida cuenta de la esencia del acto y de la intención de la Comisión, esta última haya fijado definitivamente a través de dicho acto, al término de la fase de examen preliminar, su postura sobre la medida de que se trate y, por tanto, cuando haya llegado a la conclusión de que dicha medida constituía o no una ayuda, de que no suscitaba dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común o de que las suscitaba (apartado 94), y

(ii) Que la existencia de tal decisión se debe poder constatar mediante datos objetivos y corresponder a una expresión clara y definitiva de la postura de la Comisión con respecto a la medida de que se trate (apartado 95).

5.2.2.4. La tercera cuestión prejudicial.

Si las exoneraciones totales y parciales del IGEC reseñadas constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, ¿cuál sería el alcance temporal de esa decisión, habida cuenta de la existencia y del contenido de la carta que, con fecha 2 de octubre de 2003, el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP remitió a la Representación del Reino de España ante la Unión Europea, en relación con el asunto CP 11/01, supuestas ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña de acuerdo con la Ley del Parlament de Catalunya?

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 la utilización de grandes superficies comerciales individuales cuya superficie de venta sea igual o superior a 2.500 m2 por razón del impacto que pueden ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de esa región, pero que legalmente opera con independencia de la ubicación real de esos establecimientos comerciales fuera o dentro de la trama urbana consolidada y prácticamente recae en la mayoría de los supuestos sobre las empresas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta que: (i) no afecta a los comerciantes titulares de varios establecimientos comerciales con una superficie de venta individual inferior a 2.500 m2, sea cual sea la suma de la superficie de venta de todos sus establecimientos; (ii) exonera a los grandes establecimientos comerciales colectivos; (iii) exige a los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (iv) hace tributar únicamente por el 40% de la base liquidable que les corresponda a los dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje?

2ª) ¿El artículo 107 TFUE , apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen ayudas de Estado prohibidas, con arreglo a dicha disposición, (i) la exoneración total en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales cuya superficie de venta sea inferior a 2.500 m2, de los establecimientos comerciales colectivos y de los establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales, y (ii) la exoneración parcial en el IGEC de los establecimientos comerciales individuales dedicados esencialmente a la venta de mobiliario, de artículos de saneamiento, y de puertas y ventanas, y a los centros de bricolaje?

3ª) Si las exoneraciones totales y parciales del IGEC reseñadas constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, ¿cuál sería el alcance temporal de esa decisión, habida cuenta de la existencia y del contenido de la carta que, con fecha 2 de octubre de 2003, el Director de Ayudas de Estado de la DG COMP remitió a la Representación del Reino de España ante la Unión Europea, en relación con el asunto CP 11/01, supuestas ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña de acuerdo con la Ley del Parlament de Catalunya?

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico Rafael Fernandez Montalvo

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.