



Roj: **ATS 10367/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:10367A**

Id Cendoj: **28079130012020201644**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2020**

Nº de Recurso: **2871/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 05/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2871/2020

Materia: OTROS TRIBUTOS

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2871/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. César Tolosa Tribiño

D. Ángel Ramón Arozamena Laso



D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 5 de noviembre de 2020.

HECHOS

PRIMERO.- 1. La procuradora doña Inés Tascón Herrero, en representación de Cogeneración UFIC, S.A., presentó escrito preparando recurso de casación contra el auto dictado el 21 de enero de 2020 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 31 de octubre de 2019, por el que se inadmitió el recurso contencioso-administrativo nº 1822/2019, en relación con el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica ["IVPEE"], por no haberse agotado la vía económico-administrativa previa.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como norma infringida que forma parte del Derecho estatal: el artículo 24 de la Constitución ["CE"].

De igual forma considera vulnerada la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 (casación 113/2017; ES:TS:2018:2054).

3. Razona que las infracciones que denuncia han sido relevantes y determinantes del fallo del auto, ya que la sala *a quo* aplica de forma desproporcionada el precepto señalado con arreglo a la interpretación constitucional y a la jurisprudencia, que rechazan la exigencia del cumplimiento no ponderado de requisitos legales que impiden el acceso a la jurisdicción. Así, entiende que cuando el auto impugnado adujo la posibilidad de que el Tribunal Económico Administrativo Central ["TEAC"] aun decidiera el planteamiento de cuestión prejudicial, no sólo ignoró la posibilidad real de que dicho planteamiento fuera finalmente imposible, en la medida en que era de sobra conocido que estaba pendiente de resolución por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ["TJUE"] sobre la decisión acerca de la legitimación de los órganos económico-administrativos para el planteamiento de cuestión prejudicial, sino que, además, soslayó la jurisprudencia contenida en la referida sentencia de 21 de mayo de 2018.

Así, la mercantil recurrente alega lo siguiente:

"No debe olvidarse que la exigencia de la doble instancia económico-administrativa es un requisito legalmente establecido para aquellos casos que, por su cuantía, se presuponen de especial interés, de modo que se permite al [TEAC] supervisar en su caso su revisión (ya sea directamente o en segunda instancia) en aras entendemos a ofrecer una respuesta unificada por parte de dichos órganos administrativos. Pero ello no tiene nada que ver con la finalidad del requisito del agotamiento de la vía administrativa previa respecto del que el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el mismo obedece a la necesidad de "poner en conocimiento de la Administración el contenido y fundamento de la pretensión, dándole la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial" [...], lo cual indica que el deber de acudir previamente a la vía administrativa se establece fundamentalmente en favor de la Administración para darle la oportunidad de que pueda resolver directamente el litigio y evitar la vía judicial".

4. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, ya que concurre la presunción prevista en el artículo 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE de 14 de julio) ["LJCA"], toda vez que no existe jurisprudencia sobre la necesaria exigencia de agotamiento de la vía económico-administrativa con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, cuando la cuestión de fondo versa, exclusivamente, sobre la adecuación al Derecho de la Unión Europea.

SEGUNDO.-1. La sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 12 de junio de 2020, habiendo comparecido plaza de Cogeneración UFIC, S.A, -parte recurrente- y la Administración General del Estado -recurrida- recurrida, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

2. La abogada del Estado, al tiempo de su personación como parte recurrida, por escrito de 1 de julio de 2020 manifiesta su oposición al recurso preparado, alegando, en síntesis, que la infracción denunciada no resulta determinante del fallo de la resolución recurrida, por cuanto la sentencia invocada es posterior a aquella.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Requisitos formales del escrito de preparación.



1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89, apartado 1, LJCA), el auto contra el que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 87, apartados 1 y 2, LJCA) y la mercantil recurrente se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89, apartado 1, LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal y la jurisprudencia que se consideran infringidas, oportunamente alegadas en la demanda y tomadas en consideración por la sala de instancia; y se justifica que las infracciones denunciadas han sido relevantes y determinantes del fallo impugnado [artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)].

En ese sentido, no puede tener favorable acogida la alegación que formula la abogada del Estado en su escrito de oposición pues, si bien es cierto que la sentencia del TJUE invocada por la parte recurrente es posterior a los autos dictados en la instancia, no cabe ignorar, en primer lugar, que las sentencias del TJUE proyectan efectos "ex tunc", en el sentido de que "una sentencia prejudicial no tiene valor constitutivo, sino meramente declarativo, con la consecuencia de que produce sus efectos, en principio, a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada" (sentencia de 12 de febrero de 2008, Kempster, C-2/06, ECLI: EU:C:2008:78, apartado 35 y sentencia de 8 de septiembre de 2011, C-89/10, Q-Beef y Bosschaert, ECLI: EU:C:2011:555, apartado 48); y, en segundo lugar, porque el fundamento del recurso de casación es plenamente coincidente con los motivos de impugnación y pretensiones planteadas en la instancia, con lo que no existe desvío procesal alguno en este caso.

3. El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque el auto impugnado resuelve la cuestión aplicando unas normas sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA]. Con lo que se justifica suficientemente, desde una perspectiva formal, la conveniencia de un pronunciamiento de este Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

SEGUNDO.- Hechos relevantes y marco jurídico a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación.

1. Lo que se dirime en este recurso de casación es si resulta exigible el agotamiento de la vía administrativa económico-administrativa antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando el fondo del asunto trata, exclusivamente, sobre la adecuación de una actuación administrativa tributaria al derecho de la Unión Europea, en concreto, respecto de unas solicitudes de rectificación y devolución de ingresos indebidos de las autoliquidaciones del IVPEE.

2. La sala *a quo* rechaza que, conforme a lo previsto en el artículo 69 c) LJCA en relación con el artículo 25.1 de la misma ley, pueda admitirse un recurso contencioso-administrativo sin que antes se agote la previa vía económico-administrativa que, en el presente supuesto, pasaba por cumplir con el requisito de que la demandante interpusiera el preceptivo recurso de alzada ante el TEAC contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional ["TEAR"] de Cataluña, de 20 de marzo del 2019.

La Audiencia Nacional entiende que no puede trasladarse a este caso la doctrina contenida en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018, relativa a un supuesto distinto (un recurso exclusivamente fundado en la inconstitucionalidad de los preceptos legales aplicables al caso), por dos razones. Por una parte, porque no cabe presumir que el TEAC no fuera a plantear una cuestión prejudicial por el hecho de que no lo hubiera hecho con anterioridad. Por otra, en atención a la competencia objetiva para conocer del asunto, señalando que no se decide en relación con el acto originario impugnado (las mencionadas solicitudes de rectificación y de devolución de ingresos indebidos), sino de acuerdo con quien dicta el acto de revisión administrativa (el TEAR de Cataluña), sin que puedan aplicarse las reglas de la competencia si no existe dicho acto, ya sea expreso o presunto.

El auto de 31 de octubre de 2019 razona así que "[l]a queja que traslada el demandante sobre la dilación en la resolución de las reclamaciones administrativas, como aparente justificación para evitar tener que someter nuevamente el asunto, con carácter previo al acceso a la vía judicial, por segunda vez a una instancia administrativa que no está en condiciones de dar satisfacción a su pretensión, bien pudo ser evitada planteando directamente la reclamación ante el TEAC". Añadiendo que "[...] al haber dictado el TEAR de Cataluña una resolución, la firmeza de la misma se produce al mes siguiente de la notificación. No sucede como en el caso de un recurso potestativo de reposición (no lo es el regulado en la LHL al que se refiere la STS citada) que puede optarse entre presentar éste o acudir al contencioso-administrativo en el plazo de dos meses. La firmeza se habrá producido indefectiblemente aunque se acuda en el plazo de dos meses a la vía jurisdiccional".



Asimismo, en el auto de 21 de enero de 2020 expone que el criterio interpretativo contenido en la citada sentencia de 21 de mayo de 2018 "[...] es aplicable únicamente al recurso administrativo fundado única y exclusivamente en la inconstitucionalidad de la norma legal aplicada por escapar a las facultades o las potestades del órgano administrativo llamado a resolverlo la pretendida declaración de la inconstitucionalidad de normas de rango o de eficacia legal".

Y, con cita en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017 (casación 2544/2016; ES:TS:2017:2650) la sala de instancia declara que la decisión de inadmisión no atenta contra el principio *pro actione*, en la medida en que, como así lo reconoce el Tribunal Constitucional [sentencia de 14 de marzo de 2011 (ES:TC:2011:23)], no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan, pues lo que en realidad implica es el rechazo de aquellas decisiones de inadmisión que con su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican.

3. El artículo 25 LJCA dispone que:

"1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley".

Y el artículo 69.c) LJCA previene que "[l]a sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación".

4.- De conformidad con el artículo Art 241.1 LGT "contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los tribunales económico-administrativos regionales y locales y por los órganos económico-administrativos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrá interponerse recurso de alzada ordinario ante el Tribunal Económico-Administrativo Central en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de la notificación de las resoluciones".

Expresa el artículo 249 LGT "[l]as resoluciones que pongan fin a la vía económico-administrativa serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente".

TERCERO.- Justificación suficiente de que el recurso planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. Cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional.

1. Conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el 90.4 de la misma norma, procede admitir a trámite este recurso de casación, precisando que la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, a la vista de la sentencia del TJUE 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C- 274/2014, ECLI: EU:C:2020:17, resulta preciso agotar la vía económico-administrativa previa con anterioridad a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la decisión sobre el fondo del asunto, a los efectos de constatar la adecuación de una determinada actuación tributaria al Derecho de la Unión Europea, pueda depender, exclusivamente, de una concreta decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión.

2. La cuestión referida presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia ya que se trata de una cuestión no explícitamente resuelta por esta Sala, con lo que concurriría la presunción del artículo 88.3.a) LJCA.

3. Es preciso indicar que la sentencia del TJUE 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/2014; ECLI: EU:C:2020:17, ha declarado que no cabe que el TEAC pueda plantear una petición de decisión prejudicial, ya que no puede calificarse a dicho organismo de "órgano jurisdiccional" a efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ["TFUE"], toda vez que los tribunales económico-administrativos no cumplen con la exigencia de independencia, en su aspecto interno, que caracteriza a los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, conviene tener presente que dicha sentencia pone de relieve también en su apartado 78, que el hecho de que los tribunales económico-administrativos españoles no sean "órganos jurisdiccionales" a los efectos del citado artículo 267 TFUE no los exime de la obligación de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión al adoptar sus resoluciones e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resulten



contrarias a las disposiciones de Derecho de la Unión dotadas de efecto directo, ya que esa obligación recae sobre el conjunto de autoridades nacionales competentes y no solamente sobre las autoridades judiciales, evocando, a estos efectos, la jurisprudencia sentada por las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, apartados 30 a 33; de 14 de octubre de 2010, Fuß, C 243/09, EU:C:2010:609, apartados 61 y 63, y de 4 de diciembre de 2018, Minister for Justice and Equality y Commissioner of An Garda Síochána, C 378/17, EU:C:2018:979, apartados 36 y 38.

Por otro lado, desde la perspectiva de la apreciación de la inconstitucionalidad de las leyes y de los medios o mecanismos para promover dicha inconstitucionalidad -no, por tanto, desde la óptica de la sintonía o adecuación con el derecho de la Unión- la citada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 (casación 113/2017; ES:TS:2018:2054) afirmó que "[l]as administraciones públicas, todas y cualquiera de sus órganos, carecen de esa facultad en el seno de los procedimientos para adoptar sus decisiones singulares, ya inicialmente, ya en vía de recurso. Ante la ley deben someterse sin discusión alguna, ni siquiera pueden cuestionar su validez para que el Tribunal Constitucional, que al efecto goza de un monopolio exclusivo y excluyente, se pronuncie. Por lo tanto, un recurso administrativo de reposición sustentado exclusivamente en la inconstitucionalidad de la norma legal que da cobertura al acto administrativo impugnado resulta manifiestamente inútil e ineficaz para obtener el resultado querido. Ante tal planteamiento, al órgano administrativo llamado a resolverlo no le queda otra opción que desestimar por no poder pronunciarse sobre los fundamentos de la pretensión impugnatoria, incluso en el hipotético caso de que los comparta." De este modo, al analizar si resultaba o no obligatorio agotar con carácter previo la vía administrativa, formulando recurso de reposición, estableció como doctrina que "[c]uando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, cuestión respecto de la que éstas carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo".

Sin embargo, de la literalidad del referido apartado 78 de la sentencia Banco de Santander se infiere sin dificultad que, en su condición de poder público a la hora de abordar la adecuación de los actos, resoluciones o normas nacionales al derecho de la Unión, los órganos económico-administrativos no se encuentran sin más "constreñidos a aplicar" el derecho nacional ni deben someterse sin discusión alguna a sus dictados, pues tienen la obligación de "garantizar la aplicación del Derecho de la Unión", a través, entre otros, de los mecanismos que enuncia el propio TJUE como el de la inaplicación -en determinadas circunstancias- de las disposiciones nacionales contrarias al Derecho de la Unión o, más allá de los explícitamente apuntados por la referida sentencia, a través del principio de la interpretación conforme.

Pues bien, pese a ello, convendría aclarar si la ausencia de legitimación de los tribunales económico-administrativos a los efectos del 267 TFUE, permitiría constatar el carácter ineficaz de la necesidad de agotar la vía económico administrativa -y, por ende, su innecesariedad-, cuando la resolución de la controversia pudiera depender, exclusivamente, de una concreta decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, teniendo en consideración (i) el paralelismo que el recurso esboza entre el agotamiento de la vía administrativa, a través del recurso de reposición interpretado por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 y el agotamiento de la vía económico-administrativa, a través de la interposición del recurso de alzada ante el TEAC; (ii) que hasta el momento el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la proyección y las consecuencias que pudieran derivarse de la sentencia del TJUE 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/2014 ; y (iii) que el asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 resultaba ajeno al parámetro de enjuiciamiento que proporciona el derecho de la Unión.

CUARTO.- Admisión del recurso de casación. Normas que en principio serán objeto de interpretación.

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 LJCA, procede admitir el presente recurso de casación, cuyo objeto consistirá, por presentar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la cuestión enunciada en el apartado 1 del anterior razonamiento jurídico.

2. Las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 25 y 69.c) LJCA y los artículos 241.1 y 249 LGT, en conexión con el artículo 24 CE. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA.

QUINTO.-Publicación en la página web del Tribunal Supremo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página Web del Tribunal Supremo.

**SEXTO.-Comunicación inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto.**

Procede comunicar inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/2871/2020, preparado por Cogeneración UFIC, S.A., contra el auto dictado el 21 de enero de 2020 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 31 de octubre de 2019, por el que se inadmitió el recurso contencioso-administrativo nº 1822/2019.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

Determinar si, a la vista de la sentencia del TJUE 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/2014, ECLI: EU:C:2020:17, resulta preciso agotar la vía económico-administrativa previa con anterioridad a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la decisión sobre el fondo del asunto, a los efectos de constatar la adecuación de una determinada actuación tributaria al Derecho de la Unión Europea, pueda depender, exclusivamente, de una concreta decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 25 y 69.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa y los artículos 241.1 y 249 LGT, en conexión con el artículo 24 de la Constitución, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA.

4º) Publicar este auto en la página Web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo D. César Tolosa Tribiño

D. Ángel Ramón Arozamena Laso D. Dimitry Berberoff Ayuda