

Tribunal Supremo**Sala de lo Contencioso, Sección 2ª. Sentencia de 3 febrero 2016**

Roj: STS 237/2016 - ECLI:ES:TS:2016:237

Id Cendoj: 28079130022016100027

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 2

Nº de Recurso: 72/2015

Nº de Resolución:

Procedimiento: CONTENCIOSO

Ponente: EMILIO FRIAS PONCE

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo núm. 72/2015, interpuesto por Distribución, Transporte y Cabotaje, S.A, en lo sucesivo <<DTC>>, representada por el Procurador Don Isidro Orquin Cedavilla, bajo la dirección letrada de Don Fernando Valero Sánchez, contra el artículo 1.2 del Real Decreto 1074/2014, de 19 de noviembre, en cuanto da nueva redacción al punto dos del número 10º de la letra a) del apartado 2 del artículo 11 del Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Boletín Oficial del Estado nº 307 de 20 de diciembre de 2014 publicó el Real Decreto 1074/2014, de 19 de diciembre, por el que se modificaba el Reglamento de los

Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995 de 7 de julio, el Reglamento del Impuesto sobre los Gases Fluroados de Efecto Invernadero, aprobado por el Real Decreto 1042/2013, de 27 de diciembre, y el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

Contra la referida disposición, en cuanto su art. 1.2, no obstante dar nueva redacción al punto 2 del número 10 de la letra a) del apartado 2 del artículo 11 del Reglamento de los Impuestos Especiales, excluyendo también del cumplimiento de un volumen mínimo de salidas en relación con la autorización de los depósitos fiscales. a los "Depósitos fiscales de bebidas alcohólicas y de labores de tabaco situados en puertos o aeropuertos y que funcionen exclusivamente como establecimientos minoristas", mantiene la exigencia para la obtención de autorización de un depósito fiscal de labores de tabaco de que el volumen trimestral medio de salidas durante un año natural sea superior a 2.500.000 euros, valor que se calculará según su precio máximo de venta al público, la referida entidad interpuso recurso contencioso administrativo por entender que esta condición suponía una limitación a la introducción de competidores en el mercado mayorista de tabaco español, manteniendo de facto y de forma artificiosa la posición de dominio de la empresa LOGISTA, proveniente del estricto monopolio mayorista de tabacos con una cuota de mercado del 99% y quien solamente alcanza dichas cifras mínimas, lo que infringe tanto el Ordenamiento interno, como la normativa comunitaria.

Al formalizar la demanda suplicó se acuerde .

<<1. Plantear, al amparo del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una "cuestión prejudicial" al Tribunal de Justicia Europeo, al objeto de que éste declare si resulta conforme con el TFUE; en concreto, con la libertad de empresa (49, 96.1, 106.1, 173.1) y con la libre circulación de mercancías en el Mercado interior y la prohibición entre los Estados miembros de restricciones cuantitativas, de facto, a la importación y exportación, así como las medidas de efecto equivalente (arts. 34 y 35), en cuanto a la regulación de la distribución mayorista de tabaco en España en cuanto que restringe el libre establecimiento de nuevos distribuidores, limitando la libre competencia y libre tránsito de mercancías, debido a la posición de dominio de una empresa que es la distribuidora principal (casi 99%) de la red de expendedurías del Estado, que ejerce el monopolio del comercio minorista.

2. Plantear, al amparo del art. 163 CE y correlativos de la LOTC, una "cuestión de inconstitucionalidad " al Tribunal Constitucional, al objeto de que declare si resulta conforme a la

Constitución, la regulación de la autorización de depósitos fiscales de tabaco" y, caso contrario, la nulidad del precepto correspondiente, en cuanto que prohíbe tácitamente el establecimiento y consolidación de nuevas empresas de distribución de tabaco en España (arts 33 y 38 en relación con el art. 128 CE).

3. Final, y subsidiariamente, declare la nulidad del artículo primero, apartado Dos, del Real Decreto 1074/2014, de 19 de diciembre , por contradecir las leyes de las que traen causa el nuevo precepto del Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, modificado por aquél>>.

SEGUNDO.- Conferido traslado al Abogado del Estado contestó a la demanda, solicitando sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Formuladas conclusiones por las partes se señaló para votación y fallo la audiencia del día 26 de enero de 2016, fecha en la que tuvo lugar la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La entidad recurrente impugna la modificación de la redacción actual del artículo 11.2 a) puntos 9º y 10º del Reglamento de Impuestos Especiales , en cuanto que vulnera la legislación de carácter comunitario y estatal, y no se armoniza con el resto del ordenamiento jurídico, invalidando normas de rango superior, todo ello en beneficio de una empresa privada, y contraviniendo la propia actividad administrativa , que ha otorgado habilitación a cuatro operadoras que no alcanzan el volumen trimestral exigido, y posteriormente ha renovado dichas autorizaciones.

A su entender, la redacción del Real Decreto 1074/2014, de 19 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, debió derogar la imposición de un "volumen trimestral medio" mínimo de tabaco para poder obtener la autorización de depósito fiscal a mayoristas, o al menos, recoger la misma exención aprobada ahora para depósitos fiscales situados en puertos y aeropuertos (art. 11.1.c) apartado 10º 2), sobre el cumplimiento de dicho volumen mínimo (2.500.000 euros), en el supuesto de autorizarse y renovarse a nuevos y/o incipientes distribuidores que irrumpen en el mercado, o al menos regularlo de una forma más acorde con el principio de libertad de empresa.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado se opone al recurso, señalando que, en el aspecto recurrido, la última modificación reglamentaria únicamente afecta al punto 2 del número 10º de la letra a) del apartado 2 del art. 11 del Reglamento de los Impuestos Especiales , aprobado por el

Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, sin que se refiera, por tanto, a la exigencia de un volumen trimestral medio de salidas durante un año natural de labores del tabaco para obtener la autorización de un depósito fiscal, que ya se exigía en la anterior redacción del Reglamento.

Agrega que la última modificación favorece la incorporación al mercado de operadores que no tengan autorización como titulares de depósitos aduaneros, justificando, en todo caso, la exigencia de un volumen mínimo de salidas trimestrales de labores del tabaco necesario para que un depósito fiscal pueda contar con la habilitación para este tipo de productos por la situación jurídica propia de los depósitos fiscales, al entrar y salir en ellos la mercancía en régimen suspensivo del impuesto.

TERCERO.- El Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, a partir de la redacción que le dio el artículo único 8 del Real Decreto 191/2010, de 26 de febrero, dispone en el artículo 11.2 a) 9º que para obtener la autorización como depósito fiscal de labores del tabaco se ha de alcanzar un volumen trimestral medio de salidas durante un año natural superior a la cantidad cuyo valor, calculado según su precio máximo de venta al público, sea de 2.500.000 euros.

El punto 2 del número 10 de la misma disposición, conforme a la redacción de ese número 10 derivada del artículo único 2 del Real Decreto 1965/1999, de 23 de diciembre, dispensaba de esa exigencia relativa al volumen mínimo de salidas a los depósitos fiscales de labores de tabaco situados en puertos y aeropuertos que funcionasen exclusivamente como establecimientos minoristas, siempre que tuviesen reconocido el estatuto de depósitos aduaneros o depósitos francos.

Pues bien, el artículo 1.2 del Real Decreto 1074/2014 da nueva redacción al artículo 11.1 a) 10º 2 del Reglamento de los Impuestos Especiales , con el siguiente tenor: " Depósitos fiscales de bebidas alcohólicas y de labores de tabaco situados en puertos o aeropuertos, que funcionen exclusivamente como establecimientos minoristas", por lo que a partir de la modificación no se exige el requisito relativo al volumen mínimo de salidas para poder ser reconocido como depósito fiscal de labores de tabaco a aquellos que, situados en puertos y aeropuertos, funcionen exclusivamente como establecimientos minoristas, eliminándose el requisito de que los depósitos situados en puertos o aeropuertos que funcionen exclusivamente como establecimientos minoristas tengan reconocido el estatuto de depósitos aduaneros o depósitos francos .

CUARTO.- La entidad DTC impugna la redacción actual del art. 11.2 a), puntos 9 º y 10º del

Reglamento de Impuestos Especiales , en lo relativo al volumen de salidas de tabaco necesario para que un depósito fiscal pueda contar con la habilitación para este tipo de productos y a las posibles exenciones, no obstante reconocer que una limitación análoga en cuanto a volumen trimestral medio ya existía en la redacción original del Reglamento de 1995 en su art. 11.1 a) 9º, y que ascendía al mínimo de 400 millones de pesetas, es decir, 2.404.048,42 euros, cantidad que, a su juicio, se elevó a 2.500.000 euros por el Real Decreto 1715/2012, de 26 de diciembre , aunque la revisión tuvo lugar en realidad por el Real Decreto 191/2010, de 26 de febrero .

Tras detenerse en el examen de los artículos 1.Uno de la ley 13/1998, de Ordenación del Mercado de Tabaco y derogación del monopolio de la distribución de tabaco en España, y con invocación del principio constitucional de libertad de empresa así como de la normativa de carácter comunitario que considera aplicable, concretamente varios artículos del TFUE, entre ellos el 26 y 34, manifiesta que no tuvo ocasión de recurrir las modificaciones anteriores al Real Decreto 1074/2014, por no contar hasta finales de 2013 con la habilitación de depósito fiscal correspondiente y, por lo tanto, con legitimación suficiente.

CUARTO.- El recurso no puede prosperar, porque lo que subyace en el mismo implica desconocer los cauces diseñados para impugnar disposiciones generales en la ley de nuestra jurisdicción e introduce un factor de inseguridad e inestabilidad contrario al art. 9.3 de la Constitución .

En efecto, las disposiciones administrativas de carácter general, que se integran en el ordenamiento jurídico, conformándolo e innovándolo, a diferencia de los actos que se limitan a aplicarlo, son susceptibles de recurso ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de dos meses desde su publicación (artículos 25.1 y 46.1 de la ley 29/1998 , pero transcurrido dicho plazo no cabe su discusión directa.

En este caso, la exigencia que se discute en el recurso (la de contar con un volumen trimestral mínimo de salidas al año) no ha sido incorporada por la modificación normativa que se impugna, llevada a cabo por el Real Decreto 1074/2014, pues estaba presente en la redacción originaria del Reglamento de los Impuestos Especiales, y ha sido mantenida a lo largo del tiempo, no obstante las distintas modificaciones a que estuvo sometido el precepto, al cambiar sólo la cifra de ese volumen, y la unidad monetaria de referencia.

En realidad, lo que se está impugnando no es tanto el nuevo texto del artículo 11. 2a) 10º, 2 del Reglamento, como el artículo 11. a) 9º, que mantiene esa limitación desde el año 1995, sin que

sea posible reabrir el plazo para la impugnación directa de una disposición reglamentaria con ocasión de una reforma puntual que en nada afecta al contenido original, a medida en que fuesen incorporándose interesados a su ámbito de aplicación, por la imposibilidad de recurrir modificaciones anteriores.

Con este desenlace en nada padece el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto garantiza el acceso a la jurisdicción para reclamar el control de legalidad de las disposiciones y actos administrativos, pues este control sigue vivo y puede ser demandado, pero de forma indirecta, con ocasión de los actos de aplicación de la disposición que le afecten y para cuya impugnación esté legitimada.

Así, cuando se dicte un acto de aplicación de la normativa impugnada que incida sobre sus derechos e intereses legítimos, podrá ser recurrido con sustento en la disconformidad a derecho de la disposición general que aplica, si así se considera.

QUINTO.- Por lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto, con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo que dispone el art. 139.1 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que nos confiere el apartado 3 de dicho precepto, limita su importe a la cantidad máxima de 4000 euros, por todos los conceptos.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por Distribución, Transporte y Cabotaje, S.A, contra el art. 1.2 del Real Decreto 1074/2014, de 19 de noviembre, que da nueva redacción al punto 2 del número 10º de la letra a) del apartado 2 del art. 11 del Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio,
- 2- Imponer las costas a la recurrente, con el límite establecido en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Insertese en la colección legislativa.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. 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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Emilio Frias Ponce, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, ante mi la Secretaria. Certifico.

FIDE