



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

Recurso ordinario (Ley 1998) nº 515/2017

Partes: ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ("ANGED"), ASOCIACIÓN DE CADENAS ESPAÑOLAS DE SUPERMERCADOS ("ACES"), ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES DE AUTOSERVICIOS Y SUPERMERCADOS ("ASEDAS"), FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS ("FIAB"), ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CODIFICACIÓN COMERCIAL ("AECOC"), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE MARCAS DE RESTAURACIÓN Y ASOCIACIÓN PROMARCA ("PROMARCA")
C/ DEPARTAMENT DE LA VICEPRESIDÈNCIA I D'ECONOMIA I HISENDA

SENTENCIA N° 588

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Jordi Palomer Bou

Don Javier Bonet Frigola

Doña Montserrat Figuera Lluch

Doña Virginia de Francisco Ramos

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SECCION SEGUNDA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguientes sentencia en el recurso contencioso-administrativo nº 515/2017, interpuesto por ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ("ANGED"),





ASOCIACIÓN DE CADENAS ESPAÑOLAS DE SUPERMERCADOS ("ACES"), ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES DE AUTOSERVICIOS Y SUPERMERCADOS ("ASEDAS"), FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS ("FIAB"), ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CODIFICACIÓN COMERCIAL ("AECOC"), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE MARCAS DE RESTAURACIÓN y ASOCIACIÓN PROMARCA ("PROMARCA"), representados por el Procurador de los Tribunales IGNACIO DE ANZIZU PIGEM y asistidos de Letrado, contra el DEPARTAMENT DE LA VICEPRESIDÈNCIA I D'ECONOMIA I HISENDA, representado y defendido por el LETRADO DE LA GENERALITAT,

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JORDI PALOMER BOU, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra Decreto 73/2017, de 20 de junio, por el que se aprueba el reglamento del impuesto sobre bebidas azucaradas envasadas.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derechos que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Se abrió la prueba mediante Auto y, verificada la misma según obra en autos, se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que evacuaron las partes y, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo que tuvo lugar el 22-5-2019.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO





PRIMERO.- Por D. IGNICIO DE ANZIZU PIGEM, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ("ANGED"), ASOCIACIÓN DE CADENAS ESPAÑOLAS DE SUPERMERCADOS ("ACES"), ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES DE AUTOSERVICIOS Y SUPERMERCADOS ("ASEDAS"), FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS ("FIAB"), ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CODIFICACIÓN COMERCIAL ("AECOC"), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE MARCAS DE RESTAURACIÓN y ASOCIACIÓN PROMARCA ("PROMARCA"), se interpuso recurso contencioso administrativo contra el Decreto 73/2017 de 20 de junio por el que se aprueba el Reglamento de impuesto sobre bebidas azucaradas envasadas.

SEGUNDO.- En la demanda formulada se alegan como motivos de impugnación:

- a) La existencia de circunstancias relevantes en la tramitación de impuesto que revelan una falta de justificación y precipitación de una medida que hacía necesaria una adecuada acreditación de su proporcionalidad y carácter no discriminatorio.
- b) La omisión de trámites relevantes en la tramitación del decreto como son los de participación ciudadana y de consulta pública, así como la no inclusión del Decreto en el Plan Anual Normativo correspondiente al año 2017 de acuerdo con lo establecido en Ley 39/2015.
- c) La existencia de vicios de constitucionalidad de la Ley 5/2017, como son la vulneración de los límites de las competencias tributarias de la CCAA al producirse una superposición entre el IBAE y el IVA, la inconstitucionalidad del impuesto por producir efectos extraterritoriales fuera de la Comunidad Autónoma vulnerando así la unidad de mercado, así como la vulneración de los límites de la justicia tributaria por su arbitrariedad, discriminación y falta de seguridad jurídica.
- d) La existencia de vulneraciones que resultan contrarias al derecho de la Unión Europea por suponer restricciones cuantitativas a la importación y ser una medida restrictiva de la libertad de establecimiento.

Por todo ello solicita la estimación del recurso y se declare la nulidad del Decreto 73/2017.





Por la defensa de la GENERALITAT DE CATALUNTA en su contestación a la demanda se afirma la correcta tramitación del Decreto 73/2017, que el mismo es ajustado a derecho y no vulnera ninguna norma legal ni reglamentaria, que no existe arbitrariedad ni desviación de poder, por lo que solicita la desestimación del recurso interpuesto.

TERCERO.- La primera de las cuestiones que tenemos que examinar por su trascendencia es la existencia o no de la omisión de determinados trámites y sus posibles efectos.

En este sentido el artículo 132 de la Ley 39/2015 señala:

1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.*
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.*
- c) Los objetivos de la norma.*
- e) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.*

2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán





ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella.

Y en este mismo sentido el artículo 69 de la Ley catalana 19/2014 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece:

1. Las personas tienen el derecho a participar, mediante la presentación de propuestas y sugerencias, en las iniciativas normativas que promueve la Administración pública. Este derecho puede ejercerse con relación a las iniciativas normativas en que, por su importancia o por la materia que regulan, la Administración pública considera pertinente abrir este proceso participativo desde el inicio de la tramitación del procedimiento administrativo.

2. Los órganos encargados de tramitar el procedimiento administrativo, para facilitar la participación ciudadana, deben publicar en el Portal de la Transparencia la iniciación de la tramitación, la versión inicial del proyecto normativo y la documentación complementaria que la acompaña, y deben dar información sobre el estado de la tramitación. Siempre que sea posible debe incentivarse la participación ciudadana mediante la comunicación a las entidades representativas de los colectivos directamente afectados por la iniciativa.

3. Las personas pueden remitir sus propuestas y sugerencias con relación a las iniciativas normativas que corresponda antes del trámite de audiencia e información pública. El solo hecho de participar en una iniciativa normativa no atribuye a los ciudadanos la condición de interesados, pero la Administración debe realizar una valoración general de las contribuciones, que debe publicarse en el Portal de la Transparencia.





4. Lo establecido por el presente artículo se entiende sin perjuicio de los trámites de audiencia y de información pública determinados por la legislación de régimen jurídico y de procedimiento administrativo y la legislación de régimen local.

Y precisamente en relación a la omisión de los referidos trámites en Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 151/2017 (folios 206 a 234 del expediente administrativo) señalaba:

b.2) D'altra banda, en l'article 69.1 de la Llei 19/2014, s'estableix que "Les persones tenen el dret de participar, per mitjà de la presentació de propostes i suggeriments, en les iniciatives normatives que promou l'Administració pública. Aquest dret es pot exercir amb relació a les iniciatives normatives en què, per la importància que tenen o per la matèria que regulen, l'Administració pública considera pertinent obrir aquest procés participatiu des de l'inici de la tramitació del procediment administratiu".

Segons es fa constar en la memòria general, la Direcció General de Tributs i Joc considera que el Projecte no s'ha de sotmetre a aquest tràmit perquè, tenint en compte el contingut del reglament i els seus destinataris, "[...] la norma no tindrà un impacte significatiu en el conjunt de l'activitat econòmica del país". En aquest sentit es diu que, el desplegament reglamentari, la càrrega impositiva i les obligacions fiscals són imposades per les previsions contingudes en la llei de creació de l'impost de manera que el reglament es limita a concretar en què consisteixen les obligacions formals previstes en la llei i el termini de presentació de l'autoliquidació. La conclusió a la qual s'arriba és, per tant, que "[...] el Projecte de decret no té una rellevància suficient per a obrir el procés participatiu des de l'inici de la tramitació del procediment administratiu que s'estableix a l'apartat 1 de l'article 69".

Tanmateix, en l'informe jurídic preliminar es considera adequada la no realització del tràmit "especialment prenent en compte que va ser la Llei la que va imposar la redacció del Reglament d'aquest impost".





De l'anterior es desprèn que el motiu pel qual no s'ha obert el tràmit de participació de l'article 69 de la Llei 19/2014 rau en el fet que s'està davant d'un reglament executiu de la llei.

A judici d'aquesta Comissió, això és una explicació insuficient, ja que el caràcter executiu és predicable de la immensa majoria de disposicions reglamentàries, i més en matèria tributària fortament sotmesa al principi de reserva de llei, la qual cosa comporta que el caràcter innovador del reglament estigui molt limitat.

c.1) Pel que fa a la consulta pública prèvia de l'article 133.1 de l'LPAC, aquesta Comissió (vid. dictàmens 52/2017 i 115/2017) n'ha destacat la importància com a nou tràmit de participació, i ha indicat que «aquest precepte legal imposa la realització de la consulta pública amb caràcter imperatiu ("s'ha de substanciar"), a través de mitjans electrònics ("a través del portal web de l'Administració competent") i en un moment anterior a l'elaboració del text normatiu ("Amb caràcter previ a l'elaboració del projecte o avantprojecte de llei o de reglament"). Aquesta consulta pública prèvia constitueix un tràmit participatiu diferent i que no es confon amb els clàssics de la informació pública i de l'audiència ("sense perjudici", en termes de l'article 133.2 de l'LPAC). Tots aquests tres tràmits participatius tenen en comú, però, la garantia legal segons la qual "s'han de dur a terme de tal manera que els destinataris potencials de la norma i els qui facin aportacions sobre aquesta tinguin la possibilitat d'emetre la seva opinió, per a la qual cosa s'han de posar a la seva disposició els documents necessaris, que han de ser clars i concisos i han de reunir tota la informació necessària per poder pronunciar-se sobre la matèria" (article 133.3 de l'LPAC)». I ha afegit: «Malgrat el seu caràcter imperatiu, l'article 133.4 de l'LPAC preveu determinats supòsits en els quals es pot lícitament ometre la consulta pública prèvia. En rigor, el legislador estatal ha recollit dos grups de supòsits. D'entrada, excepcions a l'obligació no només de consulta pública prèvia, sinó també dels tràmits d'audiència i d'informació pública: "Es pot prescindir dels tràmits de consulta, audiència i informació públiques que preveu aquest article en el cas de normes pressupostàries o organitzatives de l'Administració General de l'Estat, l'Administració autonòmica, l'Administració local o de les organitzacions que en depenen o hi estan vinculades, o quan concorrin raons greus d'interès públic que ho justifiquin" (primer paràgraf de l'article 133.4 de l'LPAC). I, en segon lloc, excepcions específiques del tràmit de consulta pública prèvia: "Quan la proposta normativa no tingui un impacte significatiu en l'activitat econòmica, no imposi obligacions rellevants als destinataris o reguli aspectes parcials d'una matèria, es pot ometre la consulta pública regulada a





l'apartat primer. Si la normativa reguladora de l'exercici de la iniciativa legislativa o de la potestat reglamentària per una Administració preveu la tramitació urgent d'aquests procediments, l'eventual excepció del tràmit per aquesta circumstància s'ha d'ajustar al que preveu aquella" (paràgraf segon de l'article 133.4 de l'LPAC)» (Dictamen 52/2017).

L'Administració promotora ha justificat en la memòria general que ha prescindit de la consulta pública prevista en l'article 133.1 de l'LPAC pel mateix motiu que no ha obert el tràmit participatiu previst en l'article 69.1 de la Llei 19/2014, és a dir, perquè es tracta d'un simple reglament executiu de la llei. Però a judici d'aquesta Comissió, aquest motiu no és suficient, ja que, tal com ja s'ha apuntat, el caràcter executiu és predicable de la immensa majoria de les disposicions reglamentàries, i més en matèria tributària.

Així mateix, cal tenir present que les excepcions a la consulta pública de l'article 133.1 de l'LPAC són taxades i, per tant, d'interpretació restrictiva. Igualment, s'ha de tenir en compte que no n'hi ha prou amb la mera invocació formal de les causes d'excepció, sinó que ha de ser fonamentada en relació amb cada cas en concret; és important recordar, doncs, que no és necessari invocar totes les causes d'excepció, sinó només les que concorrin en el cas concret examinat, encara que només en sigui una.

Per tant, aquesta Comissió Jurídica Assessora considera que cal justificar millor el motiu o els motius que expliquen la no-realització de la consulta pública prèvia establerta en l'article 133.1 de l'LPAC.

Y precisamente en relación con la omisión de estos trámites la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2017 (rec 1964/2016) señala:

De tal tesis nos separamos ahora abiertamente, porque el trámite de información pública, como medio para la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas, es inexcusable por imperativo de lo establecido en los artículos 9.2 y 105 a) de la Constitución , 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Ese carácter ineludible del trámite de información pública en la aprobación de las disposiciones administrativas ha sido remarcado por la doctrina jurisprudencial más reciente, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 4 de mayo de 2007 (recurso de casación 7450/2007), 10 de diciembre de 2009 (recurso de casación 4384/2005), 28 de





junio de 2012 (recurso de casación 3013/2010), 13 de mayo de 2013 (recurso de casación 3400/2009) y 25 de septiembre de 2013 (recurso de casación 6557/2011), habiendo declarado en las dos primeras que el que una Ley, en este caso la Ley autonómica gallega 9/2002, de 30 de diciembre, no establezca expresamente el trámite de información pública, no es razón para no exigirlo inexcusablemente al venir impuesto por otras disposiciones con rango de Ley, que lo hacen obligatorio para una mejor protección de los intereses generales, constitucionalmente amparados en los artículos 9.2 y 105 a) de la Constitución , 3.5 y 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 24.1 c) de la Ley 50/1997, del Gobierno .

Por las razones expuestas al estimar el segundo motivo de casación invocado, debemos declarar que el indicado Decreto autonómico 54/2013, es nulo de pleno derecho, ya que, como hemos declarado en nuestra Sentencia de 7 de enero de 2014 (recurso de casación 3345/2010), y constituye doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencia de 28 de octubre de 2009 -recurso de casación 3793/2005 - entre otras), los defectos procedimentales cometidos en la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es el Decreto autonómico impugnado, tienen trascendencia sustancial, y, en consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.2 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre , acarrear su nulidad radical o de pleno derecho, de manera que el recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia debe ser estimado, según lo establecido concordadamente en los artículos 68.1 b) , 70.2 , 71.1 a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En el presente caso resulta evidente que se ha prescindido de los trámites de consulta, audiencia e información públicas que aparecen expresamente exigidos en la tramitación, como es el presente caso de disposiciones de carácter general. La administración demandada pretende escudar su actuación en la innecesidad de tales trámites o en el hecho que la Comisión Jurídica Asesora tan solo aprecia un déficit de motivación respecto de la omisión de los mismos, lo que a su juicio avalaría la intrascendencia del defecto apreciado. Sin embargo tal afirmación no puede ser compartida, en primer lugar porque la omisión de tales trámites ha existido, y en segundo lugar, porque no nos encontramos ante una insuficiente motivación, sino que la motivación alegada se aparta de forma evidente de las causas que la propia Ley establece para poder prescindir de tales trámites, puesto que estas se hallan claramente establecidas en la Ley, y por tanto al omitirse tales trámites legalmente exigidos en la tramitación del Decreto recurrido, es por lo que resulta procedente estimar el recurso interpuesto y declarar la nulidad del mismo, por lo que no resulta necesario entrar a examinar





los restantes motivos del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA:

El órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de Su Majestad el Rey,

FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR** el recurso contencioso administrativo, interpuesto por ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ("ANGED"), ASOCIACIÓN DE CADENAS ESPAÑOLAS DE SUPERMERCADOS ("ACES"), ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES DE AUTOSERVICIOS Y SUPERMERCADOS ("ASEDAS"), FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE LA ALIMENTACIÓN Y BEBIDAS ("FIAB"), ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CODIFICACIÓN COMERCIAL ("AECOC"), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE MARCAS DE RESTAURACIÓN y ASOCIACIÓN PROMARCA ("PROMARCA"), contra el Decreto 73/2017 de 20 de junio por el que se aprueba el Reglamento de impuesto sobre bebidas azucaradas envasadas, declarando la nulidad del mismo.

2º.-**IMPONER** a la parte demandada las costas del presente procedimiento.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la





jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la que remite el art. 236 bis de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en el real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, hago saber a las partes que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada y bajo la salvaguarda y la responsabilidad de la misma y en donde serán tratados con la máxima diligencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al presente procedimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por Don Jordi Palomer Bou, Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

