

En la Villa de Madrid, a dos de octubre de dos mil doce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Deka Immobilien Investmende GmbH, Sucursal en España, representada por el Procurador de los Tribunales D. Arturo Molina Santiago, contra Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 6 de mayo de 2011 que desestima la Reclamación de Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador por infracción del Derecho de la Unión.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida, la Administración General del Estado, con la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de julio de 2011, la representación procesal de la mercantil Deka Immobilien Investmende GmbH, Sucursal en España, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejo de Ministros de fecha 6 de mayo de 2011 por la que se desestima la Reclamación de Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador, formalizando demanda en la que termina suplicando a la Sala que "...dicte en su día Sentencia por la que se estime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Deka contra la Resolución de 6 de mayo de 2011, emitida por el Consejo de Ministros y notificada el 26 de mayo de 2011, declarando que dicha Resolución no es conforme a derecho".

SEGUNDO.- La representación procesal de la Administración General del Estado formuló contestación a la demanda interpuesta y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso interpuesto por Deka Inmobiliaria Investment GmbH, Sucursal en España, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de mayo de 2011, al ser el mismo plenamente conforme a Derecho".

TERCERO.- Cumplimentado el trámite de conclusiones por las partes en providencia de fecha 12 de junio de 2012 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 18 de septiembre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 6 de mayo de 2011, impugnado en el recurso que ahora resolvemos, desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión (Derecho Comunitario antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009), que la mercantil aquí demandante formuló el 8 de julio de 2010, dentro, por tanto, del año siguiente a la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras

dicha entrada en vigor; TJUE, en lo sucesivo) de 9 de julio de 2009, dictada en el asunto C-397/07.

El apartado 1) del fallo de esa sentencia, del que interesa retener el tenor del tercero de sus guiones, por ser el sometimiento al que se refiere la causa del perjuicio cuya indemnización ahora se pretende, decidió literalmente:

“Declarar que el Reino de España:

- Al supeditar a los requisitos establecidos en el artículo 96 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, la exención del derecho de aportación de las operaciones contempladas en el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, en su versión modificada por las Directivas 73/79/CEE del Consejo, de 9 de abril de 1973, 73/80/CEE del Consejo, de 9 de abril de 1973, y 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985;

- Al gravar con un derecho de aportación el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de las sociedades de capital no sujetas en su Estado miembro de origen a un derecho similar al aplicado en España, y

- Al someter a un derecho de aportación el capital destinado a las actividades mercantiles ejercidas en territorio español por las sucursales o establecimientos permanentes de sociedades establecidas en un Estado miembro que no aplica un derecho análogo, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 69/335, en su versión modificada por las Directivas 73/79, 73/80 y 85/303”.

SEGUNDO.- El “supuesto de hecho” en que se sustenta la reclamación que desestimó el acuerdo del Consejo de Ministros, se describe en el primer antecedente de hecho del escrito de demanda en los términos que a continuación trascribimos, no discutidos, cuestionados o puestos en duda en el escrito de contestación:

“Deka Immobilien Investment GMBH es una sociedad debidamente constituida según la normativa alemana cuyo domicilio social y sede de dirección efectiva se encuentra en Frankfurt y cuyo objeto social principal es la gestión de fondos inmobiliarios.

En enero de 2003, Deka Immobilien Investment GMBH constituyó una sucursal en España (Deka) con el objetivo de desarrollar su actividad en el territorio español.

A) Impuesto sobre Operaciones Societarias en la constitución de una sucursal en España

A los efectos de dotar a la sucursal de suficientes fondos para realizar su actividad, Deka Immobilien Investment GMBH acordó en enero de 2003 aportar en la constitución de su sucursal en España, 22.928.611,78 euros.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (en lo sucesivo, TRLITPAJD), Deka liquidó el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de Operaciones Societarias (en adelante, Impuesto sobre Operaciones Societarias) ante la Delegación de Tributos del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña, tributando al tipo de gravamen del 1% sobre el importe de fondos aportados a la Sucursal.

Por tanto, Deka procedió al ingreso de 229.286,11 euros a través del modelo 600 de autoliquidación en concepto de constitución de una sucursal en España, tal y como ha quedado acreditado y unido como anexo al expediente referenciado.

B) Impuesto sobre Operaciones Societarias en las aportaciones posteriores a la sucursal en España

Deka Immobilien Investment GMBH acordó en enero de 2003 la realización de sendas aportaciones adicionales a su Sucursal en España, según el siguiente detalle:

i) Aportación de 34.600.000 euros; y

ii) Aportación de 86.950.000,00 euros, respectivamente.

Al igual que en la constitución de la sucursal en España, entre enero y febrero de 2003 Deka presentó los correspondientes modelos 600 de autoliquidación del Impuesto sobre Operaciones Societarias ante la Delegación de Tributos del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña, tributando por las citadas aportaciones al tipo de gravamen del 1%.

Por tanto, Deka procedió al ingreso en el Tesoro Público de 1.215.500,00 euros a través del modelo 600 de autoliquidación en concepto de aportaciones de capital a sucursal en España, tal y como ha quedado acreditado y unido como anexo al expediente referenciado.

En definitiva, resultado de la aportación en la constitución de la sucursal en España y de las aportaciones posteriores descritas, Deka ingresó un importe total de 1.444.786,11 euros por aportaciones a una sucursal en España..."

TERCERO.- Aquella sentencia del TJUE de 9 de julio de 2009 precisa en sus apartados 2 a 16, ambos inclusive, el marco jurídico que toma en consideración. De ellos, transcribimos sólo los apartados 2, 3, 4 y 16, por ser los únicos relevantes para este litigio. Dicen así: "Normativa comunitaria

2 Con arreglo a su primer considerando, la Directiva 69/335 tiene por objeto promover la libre circulación de capitales para crear una unión económica que tenga características análogas a las de un mercado interior. Con este fin, y como resulta de sus considerandos sexto a octavo, esta Directiva pretende armonizar el impuesto al que están sujetas las aportaciones de capital a sociedades en la Comunidad Europea mediante el establecimiento de un derecho único sobre la concentración de capitales que sólo pueda aplicarse una vez dentro del mercado común y mediante la supresión de todos los demás impuestos indirectos que presenten las mismas características que este derecho de aportación único.

3 Así, a tenor del artículo 1 de la Directiva 69/335, “los Estados miembros percibirán un impuesto sobre las aportaciones de capital a las sociedades, armonizado”.

4 El artículo 2 de la Directiva 69/335 establece un reparto, dentro de ese ámbito, de las competencias tributarias entre los Estados miembros. Dispone lo siguiente:

“1. Las operaciones sometidas al impuesto sobre las aportaciones serán imponibles únicamente en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la dirección efectiva de la sociedad de capital en el momento en que se realicen estas operaciones.

(...)

3. Cuando el domicilio social y la sede de la dirección efectiva de una sociedad de capital se encuentren en un tercer país, la aportación de capitales fijos o de trabajo a una sucursal situada en un Estado miembro podrá estar sujeta al impuesto en el Estado miembro en cuyo territorio la sucursal esté situada.”

(...)

Normativa nacional

(...)

Tributación en caso de sucursales o establecimientos permanentes de una sociedad de capital establecida en otro Estado miembro

16 A tenor del artículo 20 del TRLITPAJD: “Las entidades que realicen, a través de sucursales o establecimientos permanentes, operaciones de su tráfico en territorio español y cuyo domicilio social y sede de dirección efectiva se encuentren en países no pertenecientes a la Comunidad (...), o encontrándose en éstos no estuviesen sometidas a un gravamen análogo al que es objeto del presente Título, vendrán obligadas a tributar, por los mismos conceptos y en las mismas condiciones que las españolas, por la parte de capital que destinen a dichas operaciones.”

CUARTO.- Como fácilmente se comprende, el origen o causa inicial de la acción indemnizatoria que ahora resolvemos fue la aplicación de este último precepto a aquellas aportaciones de capital detalladas en el antecedente de hecho primero de la demanda, antes transcrito. De ahí, por tanto, que reproduzcamos aquí, tan sólo, los razonamientos de la sentencia del TJUE referidos a ese art. 20 del TRLITPAJD. Se contienen en los apartados 41 a 47 de dicha sentencia, ambos inclusive, en los que se lee:

“Sobre la tercera imputación

41 En el marco de esta imputación, la Comisión alega que el artículo 20 del TRLITPAJD implica la aplicación del derecho de aportación, por la parte del capital social destinado a las actividades mercantiles ejercidas en territorio español, a toda sucursal o establecimiento permanente de una sociedad de capital cuyo domicilio social y cuya sede de dirección efectiva estén situados en otro Estado miembro que no perciba un derecho similar al exigido en España. La Comisión sostiene que tal imposición es contraria a la regla de reparto de las competencias tributarias entre Estados miembros establecida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 69/335.

42 Con arreglo al artículo 20 del TRLITPAJD, las entidades que realicen, a través de sucursales o establecimientos permanentes, operaciones de su tráfico en territorio español y cuyo domicilio social y sede de dirección efectiva se encuentren en Estados miembros que no las someten a un gravamen análogo al aplicado en España vendrán obligadas a tributar, por los mismos conceptos y en las mismas condiciones que las españolas, por la parte de capital que destinen a dichas operaciones.

43 Se desprende de la formulación de esta disposición, referente a las “entidades” que realicen operaciones mercantiles en España a través de sucursales o establecimientos permanentes, que la normativa española prevé la tributación de sociedades de capital que tengan su sede de dirección efectiva en otros Estados miembros y posean sucursales o establecimientos permanentes en territorio español, por la parte de capital destinado a las operaciones efectuadas por dichas sucursales o establecimientos permanentes en territorio español.

44 El Reino de España no niega que tal tributación es considerada en ese Estado miembro como un derecho de aportación que grava las operaciones en cuestión. En efecto, la parte demandada únicamente alega, en su defensa, que la disposición controvertida se justifica por el objetivo de evitar actos de evasión fiscal, consistentes en constituir una sociedad en un Estado miembro que no contempla un impuesto similar al español e inmediatamente después crear en España un establecimiento permanente o una sucursal a partir de los cuales dicha sociedad efectúe operaciones mercantiles en España.

45 Pues bien, la imposición de tales operaciones de sociedades de capital que tengan su sede de dirección efectiva en otros Estados miembros es contraria al artículo 2, apartado 1, de la Directiva 69/335, que dispone que las operaciones sometidas al

impuesto sobre las aportaciones serán imponibles únicamente en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la dirección efectiva de la sociedad de capital en el momento en que se realicen estas operaciones.

46 Esta imposición, que constituye una medida general e indistintamente aplicable, no puede justificarse por el objetivo de lucha contra el fraude y la evasión fiscales, por los motivos expuestos en los apartados 29 y 30 de la presente sentencia.

47 Por lo tanto, la tercera imputación formulada por la Comisión es fundada”.

QUINTO.- Esos apartados 29 y 30 de la repetida sentencia del TJUE razonan lo siguiente:

“29 El régimen especial controvertido no puede justificarse por el objetivo de lucha contra el fraude y la evasión fiscales. En efecto, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como la Directiva 69/335 armoniza de manera exhaustiva los supuestos en los que los Estados miembros pueden exigir un impuesto sobre las aportaciones y dicha Directiva no contiene ninguna disposición explícita que permita a los Estados miembros adoptar medidas generales para luchar contra la evasión fiscal, los Estados miembros únicamente pueden oponerse a la aplicación del Derecho comunitario en circunstancias especiales que constituyan una práctica abusiva o fraudulenta (sentencia de 7 de junio de 2007, Comisión/Grecia, C-178/05, Rec. p. I-4185, apartado 32).

30 Por consiguiente, como alega fundadamente la Comisión, tales medidas no pueden basarse en una sospecha general de fraude. Únicamente pueden adoptarse caso por caso, para hacer frente a montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y realizados con el objetivo de eludir el impuesto normalmente exigible (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2007, ING. AUER, C-251/06, Rec. p. I-9689, apartado 44). Se entiende que, en tales supuestos, la carga de la prueba del carácter fraudulento o artificial de la operación de que se trate recae sobre las autoridades nacionales”.

SEXTO.- Expuesto lo anterior, iniciamos el examen de las cuestiones que las partes han planteado en el debate procesal trabado en este recurso.

De ellas, la primera en un orden lógico es aquella en que la Administración del Estado niega que “exista una relación de causalidad entre la infracción del Derecho Comunitario imputable al Estado miembro y el daño ocasionado” (inciso final del fundamento de derecho segundo del escrito de contestación a la demanda), pues “las liquidaciones que se encuentran en el origen de los eventuales daños se remontan a los meses de enero y febrero de 2003 y no fueron recurridas por Deka, por lo que nos encontramos ante un acto firme por consentido al no haber sido recurrido en tiempo y forma; en consecuencia, despliega aquí toda su eficacia el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” (fundamento de derecho cuarto de ese escrito, que desarrolla esa tesis invocando el principio de seguridad jurídica y algunos de los

argumentos del voto particular formulado en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2004, dictada en el recurso núm. 98/2003).

Tal tesis es contraria a la jurisprudencia de este Tribunal establecida a raíz de la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08). Jurisprudencia que es de ver, entre otras y como más significativas, en tres sentencias de la misma fecha (17/09/2010), dictadas en los recursos números 373/2006, 149/2007 y 153/2007.

En ellas se afirma, “en definitiva”, que aunque los actos administrativos sean firmes, ello no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Siendo así, no sólo cuando tales actos hicieron aplicación de una ley luego declarada inconstitucional, como sostuvo ya la sentencia de este Tribunal de 13 de junio de 2000 y otras posteriores, sino también cuando aplicaron leyes que más tarde se declararon contrarias al Derecho de la Unión.

Sobre este segundo supuesto, aquellas sentencias de 17/09/2010 recuerdan primero que las de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 sí exigieron (en él, no en el de los actos lesivos que aplicaron leyes luego declaradas inconstitucionales) el agotamiento previo de las vías de recurso internas hábiles para la impugnación del acto administrativo, entendiéndose, entonces, que “el aquietamiento del particular con los actos aplicativos de una norma declarada posteriormente contraria al Derecho Comunitario le impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por rotura del nexo causal, ya que pudo, a través del ejercicio de las oportunas acciones, invocar directamente la aplicación del Derecho Comunitario frente a la norma nacional”.

Pero después, tras dar cuenta del planteamiento por Auto de 1 de febrero de 2008 dictado en el recurso núm. 153/07 de una cuestión prejudicial dirigida a conocer si el principio de equivalencia era compatible con ese diferente trato jurisprudencial de exigir aquel agotamiento previo en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador basadas en la infracción del Derecho de la Unión y no exigirlo, en cambio, para las fundadas en la infracción de la Constitución, y de dar cuenta, acto seguido, de la respuesta dada por el TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08), concluyen aquellas sentencias de 17/09/2010 afirmando que ésta del TJUE obliga “a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial”.

Por tanto, como ocurre y ocurría en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador basadas en la inconstitucionalidad de la ley aplicada por el acto lesivo, tampoco el aquietamiento del perjudicado con éste rompe aquel nexo en las fundadas en la infracción del Derecho de la Unión.

Procede, pues, rechazar la tesis defendida por la Administración del Estado al plantear aquella cuestión.

SÉPTIMO.- En el fundamento de derecho cuarto de la reciente sentencia de fecha 18 de enero de 2012, dictada en el recurso núm. 588/2010, hemos afirmado que sigue siendo necesario, para que pueda prosperar una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión, que ésta constituya o pueda ser calificada con el grado o entidad de “violación suficientemente caracterizada”.

No procede, pues, acoger el argumento principal de la actora, expuesto en el apartado II de los Fundamentos de Derecho material de su escrito de demanda, de que esa necesidad o requisito “no debe resultar de aplicación al supuesto que nos ocupa, ya que tampoco es exigido por la normativa interna en el caso de responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una norma”.

Abordamos así su argumento subsidiario o “ad cautelam”, en el que defiende que la infracción declarada por aquella sentencia del TJUE de 9 de julio de 2009 sí merece ese calificativo de “violación suficientemente caracterizada” del Derecho de la Unión.

OCTAVO.- Su análisis requiere ante todo recordar algunas consideraciones del TJUE sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial derivada de la violación del Derecho de la Unión. Destacando, por residir ahí el punto central de ese segundo argumento, las dirigidas a precisar las circunstancias que el juzgador ha de valorar para decidir si esa violación fue o no una “suficientemente caracterizada”.

Nos serviremos para ello, por su reconocida trascendencia y por ser las que reiteran numerosos pronunciamientos posteriores, de las expresadas en los apartados 38, 42, 43, 44, 45, 51, 55, 56 y 57 de la sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 5 de marzo de 1996, dictada en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 (Brasserie du Pêcheur SA), llamando la atención, ya desde ahora, que son las reflejadas en los tres últimos las que guardan directa relación con aquel punto central. Dicen así todos ellos:

“(…) 38. A este respecto procede recordar que, si bien el Derecho comunitario impone la responsabilidad del Estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado (sentencia Francovich y otros, antes citada, apartado 38).

(…)

42. Por otra parte, los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.

43. El régimen establecido por el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 215 del Tratado, especialmente a propósito de la responsabilidad originada por actos normativos, tiene en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido.

44. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las Instituciones para la aplicación de las políticas comunitarias, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica.

45. En efecto, la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades (sentencia de 25 de mayo de 1978, HLN/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartados 5 y 6).

(...)

51. En tales circunstancias, el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

(...)

55. En cuanto al segundo requisito, tanto por lo que se refiere a la responsabilidad de la Comunidad con arreglo al artículo 215 como en lo que atañe a la responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

56. A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.

57. En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido.

(...)"

NOVENO.- Aplicando esas consideraciones a la reclamación objeto de este recurso, nuestra decisión no puede ser otra que la de afirmar, tal y como defiende la actora, que aquella violación del Derecho de la Unión declarada en el tercer guión del apartado 1) del fallo de la repetida sentencia de 9 de julio de 2009, sí fue una que merece el calificativo de suficientemente caracterizada, pues la norma vulnerada por aquel art. 20 del TRLITPAJD y por sus actos de aplicación, que lo fue, como ya sabemos, el art. 2, apartado 1, de la Directiva 69/335, no era nada oscura o imprecisa, sino, más bien, muy clara y precisa, sin que de ella surgiera, o ella abriera, margen alguno de apreciación para nuestro legislador.

En efecto:

Claro y preciso es el mandato de ese art. 2, apartado 1, pues su tenor literal es que las operaciones sometidas al impuesto sobre las aportaciones serán imponibles únicamente (el subrayado es nuestro) en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la dirección efectiva de la sociedad de capital en el momento en que se realicen estas operaciones. Sin que ese tenor, dado el adverbio que emplea, abra paso o dé pie a una interpretación de la norma comunitaria que entendiera que la competencia para la imposición puede ser ejercida por el Estado miembro en que esté sita una sucursal o establecimiento permanente, respecto de las operaciones realizadas en su territorio a través de éstas, cuando no se ejerció por aquel otro en que se encuentra la sede de la dirección efectiva. En esta línea, claro es también el mandato del apartado 3 de aquel art. 2, pues según él, el Estado miembro en cuyo territorio esté sita una sucursal a la que se la hagan aportaciones de capitales fijos o de trabajo, podrá sujetar la operación al impuesto cuando el domicilio social y la sede de la dirección efectiva de la sociedad de capital se encuentren en un tercer país. No por tanto si uno u otra (ver aquí el apartado 2 del repetido art. 2) se encuentran en otro Estado miembro.

Y, como resulta de los esclarecedores razonamientos del TJUE reflejados en los apartados 29 y 30 de su sentencia de 9 de julio de 2009, claro es asimismo que el objetivo de lucha contra el fraude y la evasión fiscales no podía justificar una norma que, como la de aquel art. 20 del TRLITPAJD, establecía, no para casos singulares de constatación del fraude o de la evasión, y sí como medida general e indistintamente aplicable, una imposición que no era competencia del Estado español si la sede de la dirección efectiva de la sociedad o su domicilio social se encontraban, como ocurre en la actora, en otro Estado miembro.

DÉCIMO.- No cabe terminar el análisis de la cuestión que venimos tratando desde el fundamento de derecho octavo sin detenernos en el argumento que se expone en el párrafo final del tercero del escrito de contestación a la demanda, en el que la Administración del Estado defiende que el error de Derecho en que incurrió aquel art. 20 del TRLITPAJD tiene carácter excusable, pues, dado que ese precepto obligaba a tributar a las entidades a las que se refiere “por los mismos conceptos y en las mismas condiciones que las españolas”, y que las obligaba a ello si no estaban sometidas a un gravamen análogo en el Estado miembro en que se encontrara su sede de dirección efectiva y su domicilio social, no hacerlo, no imponer esa obligación, habría hecho, como ahora hace aquella sentencia del TJUE de 9 de julio de 2009, “de peor condición a las sociedades nacionales en franca y abierta contradicción con el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de nuestra Constitución, al que se atuvo, porque así debía hacerlo”, el TRLITPAJD (la negrita pertenece al texto mismo de aquel párrafo final).

Argumento que no compartimos y que, por ende, no nos lleva a modificar la afirmación antes hecha de que la infracción declarada en esa sentencia del TJUE sí constituía una violación suficientemente caracterizada. En esencia, y sin necesidad de acudir a razones adicionales, porque los principios de primacía y de eficacia directa del Derecho de la Unión, de imposible desconocimiento por sus Estados miembros, obligan a justificar fundadamente, no ya para convertir en lícita la norma interna, sino, sólo, para poder afirmar el carácter excusable del error de Derecho en que incurre, que la observancia de la norma comunitaria comporta como consecuencia la vulneración de alguno de los derechos fundamentales que proclama nuestro Texto Constitucional.

Justificación necesaria si lo que se pretende es atribuir ese carácter al error indicado, pues eso debe ser conocida la jurisprudencia del TJUE que ha declarado en reiteradas ocasiones, en particular en su sentencia de 11/04/1978, Asunto 100/77, que un Estado miembro no puede alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, ni siquiera constitucional, para justificar la inobservancia de las obligaciones y plazos que resultan de las Directivas comunitarias (ver en este sentido el apartado 15 de la sentencia de 6 de mayo de 1980, dictada en el Asunto 102/79). E inexistente en este caso, pues, de un lado, afirma el apartado 44 de aquella sentencia de 9 de julio de 2009 que el Reino de España únicamente alegó en su defensa ante el TJUE que la disposición controvertida, esto es, el citado art. 20, se justificaba por el objetivo de evitar actos de evasión fiscal; de otro, leemos en la transcripción que hace el

escrito de contestación a la demanda del dictamen del Consejo de Estado, que éste tuvo como razón de ser de dicho art. 20, no la preservación del principio de igualdad, “sino la atención a ciertos criterios por el legislador español -en especial, la lucha contra el fraude y la evasión fiscal-”; y, en fin, vemos en ese escrito de contestación, no la justificación fundada que echamos en falta, sino sólo la mera invocación de este principio, trayéndolo a colación mediante un razonamiento aún más escueto que el que expusimos en el párrafo primero de este fundamento de derecho, sin añadir nada acerca de que realmente sea equiparable, pese a no ser obvio, la situación jurídica de las sociedades españolas y de las que aquí sólo tienen sucursales o establecimientos permanentes y están sujetas, por ello, al derecho interno del Estado miembro en que se encuentra su sede de dirección efectiva o su domicilio social.

UNDÉCIMO.- La única cuestión que resta por analizar en este recurso es aquella que plantea el quinto de los fundamentos de derecho del repetido escrito de contestación bajo la rúbrica de “improcedencia de adicionar intereses de demora”.

Sin embargo, no son intereses de demora propiamente dichos o en sentido estricto los que de modo reiterado reconoce nuestra jurisprudencia cuando estima, como aquí haremos, reclamaciones de responsabilidad patrimonial. Más bien, son un medio o instrumento para hacer efectivo el principio de plena reparación que es propio de ese instituto.

Así, en aquellas tres sentencias de la misma fecha (17/09/2010), dictadas en los recursos números 373/2006, 149/2007 y 153/2007, hemos dicho que “el principio general en materia de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado es el de la “restitutio in integrum” o reparación integral del daño, lo que obliga no solo al abono de la cantidad indebidamente satisfecha a las arcas públicas sino también, en aras de ese principio de plena indemnidad, reconocido en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 5 de febrero y 15 de julio de 2000, entre otras muchas) y en la propia Ley 30/1992 (art. 141.3) al abono de los intereses legales de la cantidad a devolver desde el día en que se efectuó la reclamación administrativa hasta la fecha de notificación de esta Sentencia, a partir de la cual se cuantificarán los intereses de acuerdo con lo establecido en el art. 106, apartados 2 y 3 de la Ley Jurisdiccional”.

Procede pues, en aplicación del principio de unidad de doctrina, rechazar la improcedencia defendida al plantear aquella última cuestión. Y también, por la misma razón, la alegación hecha en el escrito de conclusiones de la actora de que tales intereses se devenguen desde la fecha del pago efectivo del impuesto, que tuvo lugar los días 20 de enero y 6 de febrero de 2003.

DUODÉCIMO.- Al no apreciar que concurran las circunstancias de mala fe o temeridad a que aludía el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción en la redacción vigente cuando se interpuso este recurso contencioso-administrativo, no procede hacer imposición de las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1) Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil Deka Immobilien Investment GmbH, Sucursal en España, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 6 de mayo de 2011. Acuerdo que anulamos por no ser conforme a Derecho.

2) Declaramos la responsabilidad patrimonial del Estado y el derecho de dicha mercantil a ser indemnizada en la cantidad de 1.444.786,11 euros, con sus intereses legales desde el día 8 de julio de 2010 hasta la fecha de notificación de esta Sentencia, a partir de la cual se cuantificarán los intereses de acuerdo con lo establecido en el art. 106, apartados 2 y 3 de la Ley Jurisdiccional.

3) Desestimamos en lo restante las pretensiones deducidas. Y

4) No imponemos las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Antonio Martí García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.