



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3
Málaga**

Procedimiento Abreviado nº 364/2016

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrente: SOCIEDAD AZUCARERA LARIOS, SL

Letrada y representante: Ana García García

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por el letrado municipal Juan Manuel Fernández Martínez

SENTENCIA Nº 203/18

En Málaga, a 25 de mayo de 2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 29-6-2016 se interpuso recurso c-a frente a la resolución de 3-5-2016 del Jurado tributario del Ayuntamiento de Málaga, desestimatorio de la reclamación económico-administrativa intentada frente a la resolución del O.A. Gestión Tributaria de 10-8-2015, desestimatoria de la reposición intentada frente a la liquidación nº 2.197.279 (expediente 2015009086) del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (8 504,84 €) devengado a consecuencia de la transmisión de la vivienda de la [REDACTED] el día 7-5-2015.

2. Por diligencia de ordenación de 5-7-2016 se recurrió a la parte recurrente de subsanación de defectos (entre otros, no haber presentado escrito de demanda), diligencia



Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==	PÁGINA	1/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==



que fue recurrida alegando que se había impugnado indirectamente la ordenanza fiscal, lo que determinaba la tramitación conforme a las reglas del procedimiento ordinario. Sin tramitar el recurso y mediante decreto de Secretaría de 20-7-2016, se estimó el recuso y se acordó seguir el trámite del procedimiento ordinario.

3. En escrito posterior de 3-9-2016 la parte recurrente solicita la suspensión hasta la resolución por la Sala de una apelación intentada frente a una sentencia dictada por el Juzgado de igual clase nº 5 de esta ciudad en asunto que decía similar, petición denegada por providencia de 22-9-2016.

4. Mediante nuevo escrito de la parte recurrente de 24-10-2016 vuelve a solicitar la suspensión (en este caso, para estar a la espera de ella resolución por el tribunal Constitucional de diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas). Este petición se deniega también mediante providencia de 8-11-2016. Recurrida, se desestima el recurso mediante auto de 14-12-2016.

5. El día 15-11-2016 se presenta el escrito de demanda, alegando el demandado inadecuación del procedimiento, que así se acuerda por auto de 20-1-2017. Se señaló para la celebración el día 23-5-2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El objeto de este recurso c-a está integrado por la resolución de 3-5-2016 del Jurado tributario del Ayuntamiento de Málaga, desestimatorio de la reclamación económico-administrativa intentada frente a la resolución del O.A. Gestión Tributaria de 10-8-2015, desestimatoria de la reposición intentada frente a la liquidación nº 2.197.279 (expediente 2015009086) del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (8 504,84 €) devengado a consecuencia de la transmisión de la vivienda de la [REDACTED] el día 7-5-2015 (se trata de la finca catastral [REDACTED] siendo la anterior transmisión de 23-1-2006).

En apoyo de su pretensión aporta informe pericial emitido por Tasaciones Inmobiliarias, SA; igualmente, pericial judicial con informe emitido por Guillermo Vicente Agudo Ruiz. En ambos informes se defiende la tesis de la ausencia de incremento de valor del suelo en el



Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==



intervalo que media entre la transmisión del año 2006 y la que da lugar al devengo del impuesta en el año 2015.

2. El motivo principal de impugnación que articula el recurrente pasa por la alegación de la inconstitucionalidad y nulidad declarada por la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo (BOE 142/2017, rec. 4864/2016), en relación con los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Sostiene que no ha existido incremento de valor realizando un calculo que toma el precio de adquisición en el año 2006 del solar (2310006,07 €) añadiendo los de urbanización y ejecución material (total de 3 708 342,22 €) confrontándolo después con el venta de los inmuebles en el año 2014 (aporta informes de valoración). En el acto del juicio añadió que, e todo caso, las liquidaciones serían nulas por haber sido expulsados los preceptos anteriores del ordenamiento jurídico. Por su parte, el Ayuntamiento demandado sostiene la inadecuación de la pericial propuesta por la parte recurrente, que sería quien ha de probar la ausencia de incremento de valor.

3. La sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo (BOE 142/2017, rec. 4864/2016), declaró que los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 son *inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor*, aclarando el alcance de fallo en el fundamento de derecho quinto en los siguientes términos literales:

a) *El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos no es, con carácter general, contrario al Texto Constitucional, en su configuración actual. Lo es únicamente en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión. Deben declararse inconstitucionales y nulos, en consecuencia, los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, "únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica" (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).*

b) *Como apunta el Fiscal General del Estado, aunque el órgano judicial se ha limitado a poner en duda la constitucionalidad del art. 107 LHL, debemos extender nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad, por conexión (art. 39.1 LOTC) con los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, al art. 110.4 LHL, teniendo en cuenta la íntima relación existente entre este último citado precepto y las reglas de valoración previstas en aquellos, cuya existencia no se explica de forma autónoma sino solo por su vinculación con aquel, el cual "no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene" (SSTC 26/2017, FJ 6; y 37/2017, FJ 4 e)). Por consiguiente, debe declararse inconstitucional y nulo el art. 110.4 LHL, al impedir a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).*

c) *Una vez expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine, los arts. 107.2 y 110.4 LHL, en los términos señalados, debe indicarse que la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser*



Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==



sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).

4. La posibilidad de interpretación conforme fue planteada por el abogado del Estado en la STC 26/2017 (aunque referida a la normativa foral, coincide con la legislación estatal) afirmando que *no serían inconstitucionales, en todo caso, sino solo en la medida que no hubiese un incremento de valor ni real ni cierto, por lo que para que dicho artículo sea contrario a la Constitución deberá partirse de que en el supuesto concreto haya quedado demostrado dicho presupuesto: que el incremento de valor del terreno no es real ni cierto* (antecedente de hecho sexto). En el mismo sentido también informaron la Diputación Foral de Guipuzkoa, la Fiscalía General del Estado y las Juntas Generales. Sin embargo, frente a esta tesis, el TC se mostró claro en el fundamento de derecho sexto, que reproduzco:

SEXTO.- Finalmente, debemos rechazar el argumento sostenido tanto las Juntas Generales y la Diputación Foral de Gipuzkoa como la Abogada del Estado y la Fiscal General del Estado, de que sería posible efectuar un planteamiento alternativo a la conclusión de la inconstitucionalidad de la norma. Consideran que dado que el presupuesto que provoca el nacimiento de la obligación tributaria es la existencia de un incremento de valor del terreno de naturaleza urbana puesto de manifiesto en el momento de la transmisión, cuando no exista tal incremento de valor, no nacería la obligación tributaria del impuesto, por inexistencia de hecho imponible. De esta manera, a su juicio, los preceptos cuestionados admitirían una interpretación constitucional conforme a la cual, en aquellos supuestos en los que los que no se hubiese manifestado una plusvalía por ser inferior el valor de transmisión del terreno al de adquisición, no se habría devengado el tributo al no haberse realizado el presupuesto de hecho previsto en la ley para provocar el nacimiento de la obligación tributaria, siendo posible, a tal fin, promover el procedimiento de tasación pericial contradictoria en orden a la acreditación de la inexistencia de ese incremento de valor.

Es cierto que "es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación" (SSTC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5 (EDJ 2015/12685); 17/2016, de 4 de febrero, FJ 4); y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3 d)), de modo que "siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal" (SSTC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7; y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3 d)). Pero igual de cierto es que la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (por todas, SSTC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7; y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3 d)), sin que corresponda a este Tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde (SSTC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5 (EDJ 2015/12685); y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3 d)).



Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==



Conforme a lo dicho, no es posible asumir la interpretación salvadora de la norma cuestionada que se propone porque, al haberse establecido un método objetivo de cuantificación del incremento de valor, la normativa reguladora no admite como posibilidad ni la eventual inexistencia de un incremento ni la posible presencia de un decremento (el incremento se genera, en todo caso, por la mera titularidad de un terreno de naturaleza urbana durante un período temporal dado, determinándose mediante la aplicación automática al valor catastral del suelo en el momento de la transmisión de los coeficientes previstos en el art. 4.3 NFG). Es más, tampoco permite, siquiera, la determinación de un incremento distinto del derivado de "la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto" (art. 7.4 NFG).

.../. Admitir lo contrario supondría reconstruir la norma en contra del evidente sentido que se le quiso dar y aceptar que se ha dejado al libre arbitrio del aplicador (a los entes locales, en vía de gestión, o a los órganos judiciales, en vía de revisión), tanto la determinación de los supuestos en los que nacería la obligación tributaria, como la elección, en cada caso concreto, del modo de llevar a cabo la determinación del eventual incremento o decremento, lo que chocaría, no sólo contra el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino contra el propio principio de reserva de ley que rige la materia tributaria (arts. 31.3 y 133.1 y 2, ambos de la CE).

5. Esta doctrina constitucional (imposibilidad de interpretación salvadora), se reitera en los mismos términos en el fundamento de derecho cuarto de la STC 59/2017, y aunque de nuevo el abogado del Estado plantea la tesis de interpretación conforme en su informe (antecedente de hecho sexto), no modifica el TC su doctrina, pues aunque no reitera de manera literal las razones ofrecidas en las SSTC 26/17 y 37/17 para descartar la posibilidad de una interpretación conforme, asume de manera expresa todas las razones en ellas ofrecidas.

CUARTO.- 1. Considero conveniente intentar profundizar en el alcance del pronunciamiento constitucional.

2. La STC 59/2017 solo declara la inconstitucionalidad y la nulidad por causa referida no a su determinación textual sino a su omisión (*únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica*). Buena prueba de ello es precisamente la STC 57/2017¹, que difiere la cuestión planteada a un problema de legalidad ordinaria, mas negando afectación constitucional por el solo hecho de haberse practicado una liquidación por IIVTRN (cabe decir, fuera del supuesto en el que se alegue una pérdida de valor real). Esta técnica (inconstitucionalidad referida a la omisión de la ley)

1 La STC 57/2017 se refería a un supuesto orientado a cuestionar el valor catastral asignado a los terrenos a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles (Fto. Dº 2º), e inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada al considerar que para solucionar el problema planteado no tenía el juez que aplicar los artículos 107 y 110 RDL 2/2004, sino comprobar, si considera que puede hacerlo, si el valor catastral asignado a los terrenos objeto de liquidación se ha fijado de conformidad con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario.

Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==



ha sido utilizada reiteradamente por el TC precisamente para los supuestos de omisiones en la ley que considera inconstitucionales, remitiendo al legislador para que sea éste quien lleve a cabo las reformas o modificaciones pertinentes. Una de las primeras sentencias en este sentido fue la STC 45/1989, de 20 de febrero (rec. 1837/1988). Se refería al supuesto de una norma tributaria - IRPF - que preveía una responsabilidad solidaria en la tributación conjunta de los miembros de la unidad familiar. Decía el TC:

En la medida en la que ni por su tenor literal, ni a través de la remisión a otros preceptos, el art. 4.2 abre posibilidad alguna de sujeción separada al impuesto de los miembros de la unidad familiar, para atender esos supuestos en los que la sujeción conjunta es imposible o carece de toda justificación, pero sólo en esa medida, la norma en él contenida ha de ser considerada contraria a la Constitución. Que esa posibilidad a que nos referimos sea establecida por el legislador como opción libre e incondicionada del contribuyente, junto a la sujeción conjunta, o como fórmula utilizable sólo en supuestos determinados, es cosa que únicamente al legislador toca decidir .../... También es claro que, como ya declamos respecto del art. 24 L 44/1978 en el fundamento anterior, la constatación de la inconstitucionalidad del art. 4.2 de esta misma Ley no puede ir acompañada de la declaración de nulidad, pues su aplicación no ha violado ni viola precepto constitucional alguno en todos aquellos casos, sin duda la mayoría, en los que entre los miembros de la unidad familiar sujetos conjunta y solidariamente al impuesto median las relaciones que justifican esta modalidad impositiva y, a través de ella, han podido beneficiarse también de algunas medidas de protección a la familia.

También es claro que, como ya declamos respecto del art. 24 L 44/1978 en el fundamento anterior, la constatación de la inconstitucionalidad del art. 4.2 de esta misma Ley no puede ir acompañada de la declaración de nulidad, pues su aplicación no ha violado ni viola precepto constitucional alguno en todos aquellos casos, sin duda la mayoría, en los que entre los miembros de la unidad familiar sujetos conjunta y solidariamente al impuesto median las relaciones que justifican esta modalidad impositiva y, a través de ella, han podido beneficiarse también de algunas medidas de protección a la familia.

En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, f. j. 6º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.

Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el presente caso, con los arts. 4.2 y 24.1.b), sin que sea necesario repetir o desarrollar las razones ya dadas. Mas detalladas precisiones exige la determinación de cuál haya de ser el alcance de la nulidad de otros preceptos de la Ley.



Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==



3. Pero también, en el mismo sentido, la más reciente STC 236/2007. Esta sentencia se refería a diversos preceptos de la ley de extranjería relativos a los derechos de reunión, asociación y sindicación de los extranjeros que tenían residencia en España, y aunque declaró su inconstitucionalidad, no declaró su nulidad por garantizar esos derechos, precisamente, a quienes habían obtenido autorización de estancia o residencia en España, y porque esa declaración de nulidad produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución. Recordaba también el TC que el derecho de reunión tiene un contenido mínimo para todas las personas, sean o no españolas y sean extranjeros residentes legales o no. A partir de ese mínimo, corresponde al legislador decidir la extensión del derecho. Y partiendo de ello razonó en los siguientes términos (Fto. Dº 17º):

Sin embargo, como ya dijimos en la STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando "la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión" (en el mismo sentido, las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6).

En el presente caso no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución 1978, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad solo del inciso "y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España", que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razonado anteriormente, no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquélla que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.

Y consecuencia de ello dispuso en el fallo *declarar la inconstitucionalidad, con los efectos que se indican en el fundamento jurídico 17º, de los arts. 7.1, 8 y 11.1 LO 4/2000.*

QUINTO.- 1. Las razones que he intentado exponer y el entendimiento que hago del fallo del TC, me conducen a estimar el recurso interpuesto por cuanto que alegado por el recurrente que, en el caso, se ha sometido a tributación una situación inexpressiva de capacidad económica (esto es, que no existe aumento de valor del terreno al momento de

Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==



la transmisión, conforme dice en su fallo el TC) , y como tampoco es posible asumir (según dice también el TC) la interpretación salvadora de la norma cuestionada (esto es, que a través de una pericial se pueda probar que no se manifestó una plusvalía por ser inferior el valor de transmisión del terreno al de adquisición) porque al haberse establecido un método objetivo de cuantificación del incremento de valor, la normativa reguladora no admite como posibilidad ni la eventual inexistencia de un incremento ni la posible presencia de un decremento (...). *Admitir lo contrario supondría reconstruir la norma en contra del evidente sentido que se le quiso dar y aceptar que se ha dejado al libre arbitrio del aplicador (a los entes locales, en vía de gestión, o a los órganos judiciales, en vía de revisión), tanto la determinación de los supuestos en los que nacería la obligación tributaria, como la elección, en cada caso concreto, del modo de llevar a cabo la determinación del eventual incremento o decremento, lo que chocaría, no sólo contra el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino contra el propio principio de reserva de ley que rige la materia tributaria - arts. 31.3 y 133.1 y 2, ambos de la CE -), nos encontramos ante el supuesto de nulidad e inconstitucionalidad de la omisión de la ley (de lo que no dice) a que se refiere el TC, que considero que es la única inconstitucionalidad y nulidad que se declara (así lo estimo dada la literalidad del fallo).*

2. Es cierto, pese a lo anterior, que existen en el momento de dictarse esta sentencia posiciones que abordan el fallo del constitucional de manera distinta. Así, existen pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia posteriores a la STC 59/2017 que, en una u otra medida, continúan permitiendo una interpretación conforme al dar cabida a pruebas ante la alegación de ausencia de incremento. Así. Por ejemplo, la STSJ Extremadura (secc. 1ª) de 13-7-2017 (rec. 1128/2017), que en el fundamento de derecho segundo analiza las consecuencias de la STC 59/17 afirmando que *cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos y reales, incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (art. 104.1 LHL), y éste no podrá exigirse, por más que la aplicación de las reglas del art. 107.2 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos.* A esta sentencia se refiere la de 18-12-2017 de la sede en Málaga del TSJ Andalucía (fundamento de derecho quinto), afirmando que *la carga de la prueba del hecho imponible recae sobre la Administración por aplicación de lo prevenido en el art. 106.1 LGT en relación con el art. 217 LEC, de modo que en defecto de esta prueba se pondrá de manifiesto la inconstitucional aplicación automática del método legal del art. 107 TRLHA por parte de ella Administración, y su consecuencia deberá ser la anulación de la liquidación así practicada.*

También puede citarse la STSJ Valencia (secc. 4ª), de 26-7-2017 (rec. 77/2016), que afirma en el fundamento de derecho quinto que *... En consecuencia, tenemos dos hipótesis fácticas:*



Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==



en la primera, el precio de la transmisión es inferior al de adquisición y, la segunda, en el que la transmisión se efectúa por valor superior al de adquisición. El primero de los supuestos, que es el aquí analizado, como a continuación se expondrá, no es subsumible en el ámbito del artículo 104 del TRLRHL, pues constituye el hecho imponible del IIVTNU el incremento de valor que experimentan los terrenos urbanos y ello sobre la base de los elementos aportados al proceso, pues la actora aportó las escrituras de adquisición y venta. En estos casos, le corresponde a la administración, mediante los procedimientos que considere pertinentes, acreditar que se ha producido el hecho imponible, pues la parte ha acreditado, con la documental aportada, la pérdida patrimonial sufrida. En consecuencia, al no acreditarse que se produce el supuesto de hecho incardinable para la sujeción al IIVTNU, la demanda debe ser desestimada, y confirmar la Sentencia de instancia.

También la del mismo Tribunal (secc. 3ª) de 16-11-2017 (rec. 62/2017), que modificando el criterio de la sentencia nº 1404/2017, de 24 de octubre (se celebró un pleno sectorial tributario de las secciones 3ª y 4; dos votos particulares discrepantes que defendían el pronunciamiento de la sentencia de 24-10-2017), declaró que trasladada dicha doctrina de la carga de la prueba al caso que nos ocupa, entendemos que el criterio probatorio razonable es que el sujeto pasivo del IIVTNU aporte un principio de prueba sobre la inexistencia de incremento del valor del terreno transmitido, siendo insuficiente la simple negación del hecho imponible y, una vez aportado algún elemento probatorio indicativo de tal circunstancia de hecho, es cuando a la Administración local, los Ayuntamientos, si pretenden cuestionar el decremento alegado, se les trasladaría la carga de probar la existencia de un efectivo incremento de valor del terreno.

Puede también citarse la STSJ Región de Murcia (secc. 2ª) de 16-10-2017 (rec. 84/2017), que tras referirse a la prueba pericial de la parte recurrente y a la inexistencia, a través de su valoración, de incremento de valor, se refiere a una suerte de inversión de la carga probatoria al afirmar que .../... Por tanto, no ha existido incremento alguno, o no se ha acreditado el incremento de valor que se ha podido experimentar. Ninguna otra prueba aporta el Ayuntamiento que acredite que sí se ha producido un incremento de valor susceptible de tributación. Por lo que no puede someterse a tributación esta transmisión por inexistencia de incremento de valor.

3. Pero también existen pronunciamientos que cabe considerar maximalistas al considerar que, en todo caso, cualquier liquidación practicada conforme a la tan dicha normativa sería inválida por sustentarse en preceptos expulsados *ex origine* del ordenamiento tras el fallo constitucional. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de su secc. 9ª, de 19-7-2017, rec. 783/2016; o de la misma sección de 21-7-2017, rec. 805/2016), que

Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifimav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==



sostiene la nulidad de la liquidación en todo caso (de todas las liquidaciones sustentadas en un precepto que se considera ha sido declarado inconstitucional) al entender que el TC declaró la inconstitucionalidad del precepto (así, en la sentencia de 21-7-2017, que no se refiere a un supuesto en el que se planteara una pérdida del valor, sino que el debate giraba en torno a una eventual prescripción, caducidad o incorrecta determinación del periodo del periodo de generación del incremento de valor). Esta tesis es seguida por TSJ Castilla León (Burgos), secc. 2ª, de 22-9-2017 (rec. 21/2017), que se remite expresamente a ella. También STSJ Cataluña, secc. 1ª, de 30-10-2017 (rec. 9/2017), que igualmente asume la misma tesis que la del TSJ de Madrid (rec. 783/2016), y la Sentencia núm. 157/2017, de 22 de septiembre de 2017, de la Sala Contenciosa Administrativa del TSJ de Castilla y León, sede Burgos -rec. 783/2016 -, con la consecuencia obligada de la declaración de invalidez de las correspondientes actuaciones municipales liquidadoras del impuesto de continua referencia -IIVTNU por falta de cobertura normativa legal para la exacción del tributo hasta que por el legislador estatal de haciendas locales no se atiende, finalmente, el expresado mandato expreso de la jurisprudencia constitucional citada sobre un elemento de la relación jurídico tributaria manifiestamente afectado por el principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria (cabe añadir la del STSJ Navarra, secc. 1, de 6-2-2018, rec. casación autonómico nº 535/2016, que cita la del TSJ de Madrid).

Sostienen, además, las anteriores sentencias (especialmente las del TSJ Madrid) que no se sabría cómo valorar la prueba por no existir parámetro legal, no sabiéndose si habría que atender a la comparación de valores escriturados o de valores catastrales o de factores de actualización o a la aplicación de normas de otros impuestos). Además, dicen las meritas sentencias, que esta forma de actuación ha sido expresamente rechazada por la Tribunal Constitucional, pues implicaría continuar haciendo lo que expresamente el TC rechaza, esto es, "dejar al arbitrio del aplicador tanto la determinación de los supuestos en los que nacería la obligación tributaria como la elección del modo de llevar a cabo la determinación del eventual incremento o decremento", determinación que el Constitucional insiste queda reservada al legislador, al que debe entenderse dirigida la aclaración del alcance o significado de la inconstitucionalidad declarada, no al aplicador del derecho, que con ello habría de quebrantar principios de seguridad jurídica y de reserva de ley en materia tributaria, que en definitiva han determinado la declaración de inconstitucionalidad.

SEXTO.- 1. La interpretación que hago del fallo de la STC 57/2017 (la nulidad de la omisión, que no del texto legal que está escrito, cuestión a la que me he referido con



Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXtkg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifimav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018	
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	L9xInxFj98wZjNT11UXtkg==	PÁGINA	10/13



L9xInxFj98wZjNT11UXtkg==



remisión a la propia doctrina constitucional que resulta de la STC 236/2007, que se remite, a su vez, a otras varias) me hacen inclinarme por una posición más próxima al segundo grupo de sentencias anteriores (TSJ Madrid), aunque con matices, pues no comparto que la inconstitucionalidad y nulidad del precepto sea incondicional pues, en tal caso, no se comprendería ni la expresión del TC en la sentencia 59/17 al decir "en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor" ni las matizaciones del último de sus razonamientos jurídicos.

Pero, igualmente, difícil encaje – en la tesis maximalista defendida por el TSJ de Madrid – tendría diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo admitiendo recursos de casación para debatir sobre cuestiones que presentan interés casacional, debate que no existiría si la nulidad del precepto fuese incondicional y para todos los supuestos. Me refiero al auto de la secc. 1ª de 21-7-2017 (rec. 2022/2017), que tras referirse a su propia sentencia de 21-6-2017 que desestimó el recurso de casación en interés de ley 1210/2015, afirma que la cuestión jurídica fue analizada desde la perspectiva constitucional, que no desde la de la legalidad ordinaria, acordando que la cuestión que presenta interés casacional es determinar "si la interpretación conjunta de los arts. 104 y 107, apartados 1 y 4, permite concluir que el importe de la base imponible del IIVTNU puede no ser el resultado de multiplicar el valor del terreno en el momento del devengo por el número de años de generación del incremento y por el porcentaje anual que corresponda". O también el auto de la misma sección de admisión de 19-7-2017 (rec. 1903/2017), que acota la cuestión que presenta interés casacional determinar "si se produce o no el hecho imponible cuando el interesado pueda acreditar la inexistencia de un aumento real del valor del terreno en la fecha de devengo del impuesto".

En definitiva, siendo inconstitucionales los tan referidos preceptos por no contemplarse en ellos un mecanismo que permita al contribuyente acreditar ante la administración la existencia de una situación inexpressiva de capacidad económica o un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene, si resulta que el recurrente alegó en sede administrativa (o alega ahora en sede jurisdiccional) que esa situación ha podido tener lugar y su manifestación va acompañada de un indicio probatorio que permita excluir el mero voluntarismo de la afirmación, la liquidación será nula de pleno derecho porque la norma no le permite proceder en la forma descrita, sin que exista la posibilidad de que el recurrente pruebe esa situación al no existir parámetro legal alguno para ello.

Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==



2. Una última digresión para referirme a dos cuestiones. La primera es que aunque la STC 59/2017 declara la inconstitucionalidad y nulidad de del art. 110.4 en el apartado b) del fallo *al impedir a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpressiva de capacidad económica*, considero que tal nulidad está sometida al mismo alcance que la que declara en el apartado a) de los arts. 107.1 y 107.2 a) al afirmar que *"únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica"* (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5), pues el 110.4 LHL es del mismo tenor que el art. 7.4 de la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Territorio Histórico de Gipuzkoa, declarando su inconstitucionalidad y nulidad en la STC 26/2017 (fto. Dcho. 7º) *únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica, impidiendo a los sujetos pasivos que puedan acreditar esta circunstancia.*

La segunda cuestión es que es cierto que las STC 45/89 y 236/07 se refieren a la no necesaria vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad en los supuestos de inconstitucionalidad por omisión, inconstitucionalidad y nulidad que sí considero que ha declarado para el supuesto de omisión a que se refiere la STC 59/2017 al afirmar en el fallo que *Deben declararse inconstitucionales y nulos, en consecuencia, los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, "únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica"*, cohonestando, de esta forma, de un lado, la necesidad de evitar los graves perjuicios que para los intereses generales (recursos de las administraciones locales) supondría la declaración de inconstitucionalidad y nulidad cuando no está en entredicho la capacidad económica, y de otro, evitar la paradoja que supondría la pervivencia de una norma inconstitucional pero que no se anula en ese momento (cuya nulidad se diferiría al momento de la reforma legislativa que contemplara la forma de acreditar la ausencia de incremento de valor).

3. Finalmente y a las razones anteriores que conducen a la estimación del recurso, también cabe añadir que – siguiendo el criterio interpretativo de la Sala de Málaga –, el recurso también habría de ser estimado por cuanto que la administración demandada no ha acreditado el incremento de valor (en la propia contestación así se reconoce).

Y sobre la impugnación indirecta, el motivo ha devenido sin objeto por cuanto que la STSA Andalucía, sede Málaga, secc. 3ª, 14-12-2017 (rec. 415/2017)d estimó el recurso indirecto

Código Seguro de verificación:L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==	PÁGINA 12/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkg==



formulado frente a los artículos 8.2 y 10.1 de la Ordenanza Fiscal 5 del Excmo. Ayuntamiento de Málaga reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que se anularon por no ser conformes a derecho únicamente en la medida que sometían a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica.

4. Las dudas de derecho que generan las diversas posiciones expuestas imponen no hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la instancia, sin que sea atendible la petición de la parte recurrente de defensa de la condena en costas por causa de haber mantenido el Ayuntamiento de Málaga su posición opositora al recurso tras la sentencia del TC. Este planteamiento no es atendible al obviar el tanta veces dicho debate sobre la cuestión incluso tras la sentencia del alto tribunal.

FALLO

Estimo el recurso c-a interpuesto por SOCIEDAD AZUCARERA LARIOS, SL frente a la resolución de 3-5-2016 del Jurado tributario del Ayuntamiento de Málaga, desestimatorio de la reclamación económico-administrativa intentada frente a la resolución de O.A. Gestión Tributaria de 10-8-2015, desestimatoria de la reposición intentada frente a la liquidación nº 2.197.279 (expediente 2015009086) del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (8 504,84 €) devengado a consecuencia de la transmisión de la vivienda de la [REDACTED] 22 00-55 el día 7-5-2015 [REDACTED] [REDACTED] resolución que anulo declarando el derecho del recurrente a la devolución del importe ingresado, cantidad que devengará el interés de demora desde la fecha de ingreso.

Sin costas.

Cabe recurso de casación, que deberá prepararse ante este Juzgado en el plazo de treinta días.

Así lo acuerdo y firmo. Óscar Pérez Corrales, magistrado



Código Seguro de verificación: L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	OSCAR PEREZ CORRALES 25/05/2018 10:03:05	FECHA	25/05/2018
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/13



L9xInxFj98wZjNT11UXTkq==

