

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)

Referencia: NFJ061080

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia de 14 de diciembre de 2015**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 607/2015***SUMARIO:**

CC.AA. Cataluña. Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales. Procedimiento contencioso-administrativo. Suspensión. Apariencia de buen derecho. La invocación de la apariencia de buen derecho en este caso se justifica no sólo con la cita de la STJUE, de 5 de febrero de 2014, asunto n.º C-385/12 (NFJ053210), sino también con la comunicación de la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Europea, por la que se informa de la apertura de un procedimiento contra el Reino de España como consecuencia de la denuncia de la Asociación de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) respecto de diferentes normas relativas a impuestos sobre los grandes establecimientos comerciales, y con la comunicación de la Comisión Europea al Reino de España, de 28 de noviembre de 2014, en la que se califica el IGEC como una medida incompatible con el ordenamiento europeo, contrario, concretamente, al régimen de ayudas de Estado. Si a ello unimos que la recurrente también invoca el *periculum mora*, y ponderando los intereses concurrentes, cuando el ofrecimiento de garantía suficiente, dada la materia en la que estamos, evita eventuales perjuicios a la Hacienda Pública, ha de concluirse que en este caso concurrían los requisitos legalmente exigidos para haber accedido a la suspensión solicitada. [Vid., en el mismo sentido, STS, de 14 de diciembre de 2015, recurso n.º 614/2015 (NFJ061079)].

PRECEPTOS:

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 86, 89, 122, 129 y 130.
Tratado de 25 de marzo de 1957 (Funcionamiento de la UE), art. 49.
Ley de 27 de diciembre de 1956 (LJCA), arts. 122 y 124.
Ley 58/2003 (LGT), art. 233.
Constitución Española, arts. 24 y 106.

PONENTE:*Don Rafael Fernández Montalvo.*

Magistrados:

Don EMILIO FRIAS PONCE
Don JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO
Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ
Don JUAN GONZALO MARTINEZ MICO
Don MANUEL MARTIN TIMON
Don RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: SEGUNDA

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 14/12/2015

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 607 / 2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 09/12/2015

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo Escrito por: DVS

Nota:

Impuestos grandes superficies

RECURSO CASACION Num.: 607/2015

Votación: 09/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Fernández Montalvo

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: SEGUNDA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Emilio Frias Ponce

Magistrados:

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D. José Antonio Montero Fernández

D. Manuel Martín Timón

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. Rafael Fernández Montalvo

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil quince.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 607/2015, interpuesto por don Cesar Berlanga Torres Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de "HIPERCOR, S.A.", contra auto de fecha 27 de noviembre de 2014, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , por el que se confirmaba en reposición el previo auto de 29 de julio de 2014, dictado en la pieza separada del recurso núm. 377/2014 , por el que se denegaba la medida cautelar solicitada. Ha sido parte recurrida la Generalidad de Cataluña, representada por Abogada de su Servicio Jurídico.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En la pieza separada del recurso contencioso administrativo núm. 377/2014, seguido ante la Sección Segunda de la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se dictó auto, con fecha 29 de julio de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:"1º DENEGAR LA MEDIDA CAUTELAR solicitada por la parte recurrente. 2º NO EFECTUAR expresa imposición de las costas causadas en el presente incidente".

Interpuesto recurso de reposición, con fecha 27 de noviembre de 2014, la misma Sala dictó auto desestimatorio.

Segundo.

Notificada dicho auto a las partes, por la representación procesal de "HIPERCOR, S.A." se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

Tercero.

Dicha representación procesal, por escrito presentado el 26 de febrero de 2015, formaliza el recurso de casación e interesa se dicte sentencia por la que se case y anule el auto impugnado en la parte atinente a la cuota liquidada al establecimiento "Hiperco" sito en avenida Salvador Dalí, 15-19, Cornellá de Llobregat (1.484.674,20 euros).

Cuarto.

La representación procesal de la Generalidad de Cataluña formalizó, con fecha 24 de junio de 2015, escrito de oposición al recurso de casación interesando su inadmisión o, subsidiariamente, su desestimación con imposición de costas a la recurrente.

Quinto.

Por providencia de 1 de septiembre de 2015, se señaló para votación y fallo el 9 de diciembre de 2015, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Es objeto del presente recurso de casación el auto dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 27 de noviembre de 2014, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra el auto previo de la misma Sala, de fecha 29 de julio de 2014, recaídos ambos en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo núm. 377/2014, en los que se acordaba no haber lugar a la suspensión del acto administrativo impugnado.

El acto origen del recurso fue la resolución de 20 de junio de 2013, de la Junta de Finanzas de Cataluña, que desestimó la reclamación económico-administrativa interpuesta por la recurrente contra tres liquidaciones del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales correspondientes al ejercicio 2012, de los establecimientos situados en c/ Pegàs, 5 (Barcelona, Av. Meridiana, 350 (Barcelona) y c/ Salvador Dalí, 15 (Cornellà de Llobregat), por importes de 7.476,82 €, 200.816,17 € y 1.484.674,20 €, habiendo solicitado la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada.

El presente recurso de casación se limita a la cuota liquidada al establecimiento de HIPERCORT situado en la calle Salvador Dalí 15-19 de Cornellà de Llobregat.

Los autos impugnados recogen la doctrina jurisprudencial sobre la materia, haciendo especial referencia a la STS de 23 de noviembre de 2011, en la que se rechaza para la vía judicial el automatismo con que, en el ámbito tributario, se produce la suspensión en la vía administrativa. Conforme a ella, el régimen aplicable es el que resulta del artículo 130 LJCA, ponderando los intereses en juego, sin que sea suficiente para la suspensión de la ejecutividad del acto el aseguramiento de la obligación tributaria.

Según el Tribunal de instancia, en el caso concreto, la parte solicitante se limita a invocar los perjuicios que el abono del importe de las liquidaciones le produciría sin concretar los mismos ni acreditar que su situación económica se vería seriamente afectada como consecuencia del abono de la deuda tributaria, añadiendo otros importes a abonar por el mismo concepto de impuesto sobre grandes establecimientos comerciales; y a citar una doctrina superada sobre la suspensión automática de las deudas tributarias con prestación de aval.

Segundo.

La parte recurrente fundamenta su recurso de casación en infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1.d) LJCA), señalando, en concreto, la vulneración del artículo 130 LJCA por una doble motivo.

a) En primer lugar, porque la ejecución de las liquidaciones impugnada ocasionaría daños de muy difícil o imposible reparación a la recurrente, que forma parte de un grupo empresarial que ejerce actividad económica en Cataluña a través de trece establecimientos gravados por el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC), la suma de cuyas cuotas, en el ejercicio 2012, asciende a un total de 6.095.260 €).

Así, el hecho de que la recurrente obtuviera una sentencia estimatoria, junto con el reintegro de las cantidades abonadas más sus intereses, no paliaría el daño sufrido; pues el grupo empresarial tendría que alterar sustancialmente las condiciones del ejercicio de su actividad, incluso plantearse la viabilidad económica de la misma, con lo cual el derecho a una tutela judicial efectiva, en el que se inscriben las medidas cautelares, se vería vaciado de contenido.

b) En segundo lugar, en el hecho relevante de la apariencia de buen derecho que resultaba, según la recurrente de la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2012, de 5 de junio, de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 908/2012, de 27 de septiembre, recaída en el recurso núm. 262/2002; y el voto particular formulada en dicha sentencia, sobre la inequívoca procedencia de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por infracción del principio de libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE.

En este momento, la apariencia de buen derecho es más evidente, incluso, que cuando se interpuso el recurso de reposición como consecuencia de la comunicación de la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Europea y la comunicación de la Comisión Europea al Reino de España, de 28 de noviembre de 2014, en la que, entre otros extremos, y como juicio previo, se califica el IGEC como una medida incompatible con el ordenamiento comunitario, contraria, concretamente, al régimen de ayudas de Estado.

Tercero.

Con carácter previo al examen de los motivos del recurso de casación hemos de decidir sobre la inadmisibilidad del recurso de casación que opone la Administración recurrida, alegando que el escrito de preparación no cumple los requisitos establecidos en el artículo 89.2 en relación con el artículo 86.4, al omitir la justificación de que la norma estatal invocada ha sido relevante y determinante del auto recurrido.

Dicho motivo de inadmisión no puede ser acogido, en primer lugar, porque, como ha declarado reiteradamente esta Sala, la carga procesal que se exige al recurrente - ex artículo 89.2 LRJCA - se limita a los supuestos del artículo 86.4 al que aquél se remite (sentencias, y no otro tipo de resoluciones, dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia) por lo que resulta inaplicable a los autos, como es aquí el caso al recurrirse el auto, incardinado en el artículo 87.1.c) LRJCA (ATS de 1 de marzo de 2012, rec. de cas. 6095/2011, de 19 de abril de 2004, rec. de cas. 4540/2006, 16 de julio de 2015, rec. de cas. 1217/2015, entre otros muchos). En definitiva, no se aprecia la concurrencia de la causa de inadmisión consistente en la reiteradas ocasiones (Autos de 20 de noviembre de 2000, 15 de enero de 2001, 21 de mayo y 9 y 20 de septiembre de 2002, 25 de marzo y 17 de junio de 2004 y 24 de enero de 2005), la carga procesal que el artículo 89.2, en relación con el 86.4 de la Ley de esta Jurisdicción, impone al recurrente está referida a las sentencias, no a los autos susceptibles de recurso de casación que se relacionan en el artículo 87, ya que la remisión que el apartado 1 de este artículo efectúa a <<los mismos supuestos previstos en el artículo anterior>> debe entenderse hecha a los apartados 1, 2 y 3 del artículo 86 no al apartado 4, que no delimita positiva ni negativamente las sentencias susceptibles de recurso de casación (...). El propósito del artículo 86.4 es acotar la naturaleza de las normas -de Derecho estatal o comunitario- cuya infracción puede servir de fundamento al recurso de casación, no, en cambio, delimitar las sentencias contras las que puede prepararse o interponerse recurso de casación".

En segundo lugar, la parte recurrente, en el escrito de preparación, hace expresa mención del artículo 86.4 LJCA, en relación con el artículo 130 de la misma Ley, que es la norma estatal que considera infringida y ha sido la relevante y determinante del pronunciamiento judicial recurrido.

Cuarto.

El examen de los motivos de casación revela que, realmente, no existe discrepancia sobre la doctrina aplicable para decidir sobre la medida cautelar solicitada y que puede resumirse en los siguientes términos:

" Ante todo, debe tenerse en cuenta que estamos ante una pretensión de suspensión de actos que han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, concretamente de la resolución administrativa que inadmite la petición de suspensión de la liquidación y de la posterior resolución que desestima la reclamación interpuesta contra la liquidación, por lo que el marco normativo a tener en cuenta viene determinado por la regulación que se contiene en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, y no por el régimen establecido para la vía administrativa que parte de la suspensión automática mediante presentación de garantía.

Es cierto, que esta Sala, interpretando el antiguo art. 122 de la Ley Jurisdiccional , ha admitido la posibilidad de trasladar el régimen de la suspensión administrativa a la jurisdiccional, estableciendo la procedencia de la suspensión del acto de gestión o ejecución tributaria recurrido, en el caso concreto de que el recurrente, habiendo obtenido la suspensión en la vía administrativa y alegando que se le producirían perjuicios de la ejecución durante la vía jurisdiccional, garantice el pago de la deuda tributaria en los términos establecidos por el art. 124 de la Ley de 27 de Diciembre de 1956 , todo ello ante la valoración que hacía el legislador tributario de la relación entre los intereses enfrentados.

Así, entre otras, la sentencia del Pleno de 6 de Octubre de 1998 [...] que, sin embargo, cuenta con un voto particular que considera que el principio de plenitud de la jurisdicción, ligado al de tutela judicial efectiva, exige que el tribunal, en el momento de decidir sobre la adopción de medidas cautelares, realice la ponderación de los intereses en presencia, cuestionando que las razones de la mayoría puedan resultar aplicables a otras Administraciones como la local y la autonómica, en las que el volumen financiero es inferior al del Estado, por lo que el retraso en los ingresos puede tener una trascendencia para los intereses generales de la entidad correspondiente ajena a los problemas de mera gestión tributaria que la sentencia contempla.

No ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sección, en cuanto al régimen de la suspensión, respecto a las liquidaciones, después de la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo, en cuanto no ofrece ninguna referencia singularizada para la materia tributaria, guardando también silencio la nueva Ley General Tributaria, sin duda, por su alcance. En cambio, el Pleno, en la sentencia de 7 de Marzo de 2005 , sí tuvo la oportunidad de clarificar el régimen de la suspensión cautelar en sede jurisdiccional de los actos sancionadores en materia tributaria, llegando, por mayoría, a mantener que no existían razones técnico jurídicas después de la Ley General Tributaria, ante lo que disponía el art. 233.1 y 8 de la Ley General Tributaria 58/2003, para poder mantener el criterio de que la suspensión de la ejecución de la sanción tributaria sin necesidad de garantía acordada en la vía administrativa o económico-administrativa prolongaba, sin más, su efectividad en la vía económico-administrativa hasta la finalización de la misma, sino hasta que el órgano judicial adopte, en el ejercicio de su propia potestad cautelar, la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada, sin que pueda determinar e influir directamente en la decisión que, conforme a los criterios establecidos en la Ley Jurisdiccional tanto de 1956 como en la 29/1998, adopte, dentro de su competencia, el Tribunal Jurisdiccional.

Obviamente, si ello es así tratándose de sanciones, se impone idéntica solución, en cuanto a las liquidaciones tributarias, por lo que no basta con alegar y asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria, debiendo estarse a los criterios que señala el art. 130 de la Ley de la Jurisdicción ".

El problema que se suscita, pues, no es doctrinal; se trata de analizar si resultaba suficiente a los efectos de acoger la suspensión los términos en los que fue solicitada, esto es, si se sometió suficientemente la parte recurrente a los criterios del artº 130 de la LJCA .

Para la Sala de instancia la parte instante se ha limitado a solicitar la medida sin concretar los perjuicios que le ocasionaría el abono de 6.095.260 euros (total del conjunto de las liquidaciones giradas) atendiendo a las dimensiones de la entidad mercantil y sin que pueda considerarse que la sentencia del TJUE resuelve un asunto análogo. En el auto de 27 de noviembre de 2014 , reitera las consideraciones realizadas, y añade que " se ha mantenido invariable en materia de medidas cautelares, exigiendo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la parte que pretende obtener la tutela cautelar justifique ante el Tribunal una situación de <<periculum in mora>>, que la parte recurrente, en momento alguno ha acreditado".

No resulta controvertido que la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares corresponde al Tribunal ante el que se dilucida los autos principales, debiendo ponderar las circunstancias concurrentes en atención a la justificación ofrecida por la parte solicitante. Siguiendo una consolidada línea jurisprudencial ha de decirse que el periculum in mora, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar, pero en modo alguno es el único, ya que debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración, artº 130 de la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Ya de antiguo señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 218/1994 , que la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Y como hemos dicho en numerosas ocasiones, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE .

No debe cuestionarse que las medidas cautelares son una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y que, por ello, la suspensión cautelar no tiene carácter excepcional, de suerte que sin

desvirtuar la doctrina de los autos impugnados en la parte que se relaciona con el primero de los fundamentos de las medidas cautelares, el "periculum in mora", que se reputa correcta, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, la evolución que ha supuesto, respecto de los criterios tradicionales, la toma en consideración del llamado "fumus bonis iuris" o apariencia del buen derecho como elemento integrador del artículo 130 LJCA .

El «fumus bonis iuris» o apariencia de buen derecho es considerado en el derecho común de la justicia cautelar como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza, pues no parece que a quien, manifiestamente, asiste la razón a limine litis deba resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo. En principio constituye, pues, un requisito de carácter negativo para integrar las perspectivas mínimas indispensables de buen éxito que debe reunir la pretensión principal a la que accesoriamente está ligada la pretensión cautelar, pues mientras el ejercicio de la acción no está sujeta restricción alguna, por imperativo del art. 24 CE , el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, prima facie o en apariencia, de su fundamento.

En el derecho público las prerrogativas exorbitantes de la Administración y la consiguiente necesidad de la justicia cautelar de constituir un contrapeso o límite a dichas prerrogativas, especialmente de la ejecutividad de la actuación administrativa, ha determinado, entre otras consecuencias, que el fumus bonis iuris o apariencia de buen derecho se desdibuje como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) y se convierta en un criterio positivo, junto con otros, para determinar la procedencia de la medida cautelar.

La doctrina del «fumus bonis iuris» o «apariencia del buen derecho» supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar.

Este Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones a veces con gran amplitud (ATS 20 diciembre de 1990 , 17 ene. 1991 , 23 abril 1991 , 16 julio 1991 , 19 diciembre 1991 , 11 marzo 1992 , 14 mayo 1992 , 22 marzo 1996 y 7 junio 1996), si bien en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación.

La LJCA, en efecto, suprime todo apoyo normativo al criterio de fumus bonis iuris , cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que «la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran» (art. 124.2 Proyecto LJCA). En su lugar, la LJCA dispone que «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130.1 LJCA). El sentido restrictivo de esta omisión respecto al criterio de fumus bonis iuris resulta subrayado por la palabra «únicamente» y confirmado por el art. 132.2 LJCA (también introducido en el trámite parlamentario), en el cual se dispone que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate; y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar». Esto equivale a decir que si durante el transcurso del proceso se produce o incrementa la apariencia de buen derecho del demandante el tribunal no podrá fundar en esta modificación la adopción de una medida cautelar antes denegada.

Pues bien, en la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda.

En efecto, nuestra jurisprudencia advierte frente a los riesgos de perjuicio (Dogma vom Vorwegnahmeverbot en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito».

En definitiva, no es la pieza de suspensión el lugar indicado para enjuiciar de manera definitiva la legalidad de la actuación administrativa impugnada. Ahora bien, la doctrina de que se trata permite valorar la existencia del

derecho con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, a los meros fines de la tutela cautelar.

Y es que existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que si con carácter general la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento central de la decisión cautelar, debe ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, desde las sentencias *Factortame* y *Zuckerfabrik*, de 19 junio 1990 y 21 febrero 1991, respectivamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la competencia del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes del país que estuvieran en contra del Derecho Europeo y, más aún de los actos administrativos cuando existieran fundadas dudas sobre su validez, e incluso adoptar medidas cautelares positivas frente a su aplicación. De esta doctrina se deduce que en aquellos casos en que el acto impugnado pueda estar en contradicción con el derecho europeo el principio de primacía de dicho derecho sobre el interno permite al órgano jurisdiccional acordar una medida cautelar encaminada a suspender la aplicación del expresado acto o a garantizar la eficacia de la resolución que pueda dictarse.

En el caso que nos ocupa la invocación de la apariencia de buen derecho se justifica "la comunicación de la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Europea (DG TAXUD), y a la comunicación Europea al Reino de España, de 28 de noviembre de 2014. Así:

Por lo que se refiere a la primera de las comunicaciones citadas, es de tener en cuenta el siguiente iter:

-Con fecha 20 de mayo de 2013, la "Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución" (ANGED), de la que mi representada forma parte, interpuso ante la Dirección General de Mercado Interior y Servicios (DG MARKT), de la Comisión Europea, en su representación en España, denuncia contra la legislación de seis Comunidades Autónomas (Cataluña, Principado de Asturias, Aragón Navarra, Canarias y La Rioja) por la que se aprueba el impuesto a los grandes establecimientos comerciales, al considerar que vulnera el derecho fundamental a la libertad de establecimiento previsto en el derecho europeo.

El procedimiento de reforma sufrió una demora en su tramitación, a la espera de resolución por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del caso " C-385/12 *Hervis Sport* ", por tener ciertas analogías con la denuncia formulada.

-El mencionado caso "C-385/12 *Hervis Sport* ", ha sido resuelto por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 2014, cuyo texto, del que se acompaña fotocopia como documento nº 1, ha aparecido publicado en la página de la Unión Europea <http://curia.europa.eu>.

-Una vez resuelto el asunto "*Hervis Sport*", ANGED ha recibido la comunicación de la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Europea (DG TAXUD), cuya fotocopia se acompaña como documento nº 2, por la que se informa a esa Asociación de la apertura de un procedimiento EU Pilot contra el Reino de España bajo el número de referencia 6978/14/TAXU, como consecuencia de la denuncia de ANGED formuló contra las diferentes normas por las que se aprueban los impuestos sobre los grandes establecimientos comerciales, en relación a la vulneración de la libertad de establecimiento.

-Tras recibir ANGED la comunicación Europea más arriba reseñada, la Sala Tercera, Sección Segunda, del Tribunal Supremo ha acordado, en providencia de 27 de octubre de 2014, dejar sin efecto el señalamiento para votación y fallo del recurso de casación nº 3797/2012, interpuesto contra la STSJ de Cataluña nº 908/2012, cuya votación y fallo había sido señalada para ese mismo día (27-10-2014).

[...] muy recientemente [...] la comunicación de la Comisión Europea al Reino de España, de 28 de noviembre de 2014, cuya fotocopia se acompaña como documento nº 3, en la que, entre otros extremos, y como juicio previo, se califica el IGEC como una medida incompatible con el ordenamiento comunitario, contraria, concretamente, al régimen de ayudas de Estado".

Si a ello unimos que la recurrente también invoca el *periculum mora*, y ponderando los intereses concurrentes cuando el ofrecimiento de garantía suficiente, dada la materia en la que estamos, evita eventuales perjuicios a la Hacienda Pública, ha de concluirse que en el caso que nos ocupa concurrían los requisitos legalmente exigidos para haber accedido a la suspensión solicitada.

Quinto.

Los anteriores razonamientos justifican la estimación del recurso de casación interpuesto, sin que haya lugar a la imposición de las costas causadas.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "HIPERCOR, S.A.", contra auto, de fecha 27 de noviembre de 2014, dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por el que se confirmaba en reposición el previo auto de 29 de julio de 2014, dictado en la pieza separada del recurso núm. 377/2014. Autos que anulamos y, en su lugar, declaramos procedente la suspensión, previa prestación de oportuna garantía, de la liquidación impugnada por Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales, ejercicio 2012 correspondiente al establecimiento "Hiperacor" sito en avenida Salvador Dalí, 15-19, Cornellá de Llobregat, por importe de 1.484.674,20 euros, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en este incidente.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados, debiéndose hacer saber a las partes, al notificarles esta resolución, que contra ella cabe recurso de reposición dentro del plazo de cinco días a contar de dicha notificación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Emilio Frias Ponce Joaquín Huelin Martínez de Velasco
José Antonio Montero Fernández Manuel Martín Timón
Juan Gonzalo Martínez Micó Rafael Fernández Montalvo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Fernández Montalvo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.