



Roj: **STS 4739/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4739**

Id Cendoj: **28079130022015100486**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **04/11/2015**

Nº de Recurso: **1337/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1337/2015, interpuesto por la mercantil HIPERCOR, S.A., representada por Procurador y defendida por Letrado, contra el Auto dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de febrero de 2015, por el que se desestima el recurso de súplica formulado contra el Auto de fecha 31 de octubre de 2014, denegando la medida cautelar solicitada por la recurrente, en relación con los actos de liquidación impugnados.

Ha sido parte recurrida LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo núm. 539/2014, interpuesto por la mercantil HIPERCOR, S.A., contra el Acuerdo de 19 de junio de 2014 de la Junta de Finances de Cataluña, que desestimó la reclamación económico administrativa interpuesta por la actora contra inclusión en el padrón de contribuyentes y liquidación del Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales correspondiente al ejercicio 2013, de los establecimientos sitos en Barcelona, C/ Pegas 5 y Meridiana 350 y Cornellá de Llobregat, por imprevistos de 7.478,82 euros, 200.816,17 euros y 1.484.674,20 euros, solicitó mediante otrosí al interponer el recurso la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó Auto con fecha 31 de octubre de 2014, denegando la medida cautelar solicitada por la recurrente.

Interpuesto recurso de súplica, fue desestimado por Auto de fecha 6 de febrero de 2015.

SEGUNDO.- Contra el Auto de fecha 6 de febrero de 2015, dictado en el recurso de súplica, la representación de la mercantil HIPERCOR, S.A. preparó recurso de casación, que luego formalizó ante la Sala, en fecha 27 de abril de 2015, con la súplica de que "dicte sentencia por la que estime el recurso y case el auto impugnado, declarándolo nulo en la parte del mismo objeto de esta impugnación; y se sirva anular, asimismo, dejándolo sin efecto, el citado auto de 31 de octubre de 2014 en la indicada parte del mismo".

TERCERO.- Conferido traslado, el Letrado de los Servicios Jurídicos de La GENERALIDAD DE CATALUÑA, en la representación que ostenta, formuló escrito de oposición al recurso con fecha 10 de septiembre de 2015, suplicando a la Sala "dicte sentencia declarando la inadmisión del recurso de casación. Subsidiariamente, lo desestime con imposición de las costas a la parte recurrente".

CUARTO.- Para votación y fallo se señaló la audiencia el día 3 de Noviembre de 2015, fecha en la que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Montero Fernandez, Magistrado de la Sala



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este recurso de casación el Auto dictado por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de febrero de 2015 , desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra anterior de fecha 31 de octubre de 2014, recaídos en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 539/2014, en el que se acordó no haber lugar a la suspensión del acto administrativo impugnado. El acto origen de la reclamación fue el acuerdo de 19 de junio de 2014 de la Junta de Finances de Cataluña, desestimatoria de la reclamación económico administrativa interpuesta contra inclusión en el padrón de contribuyentes y liquidación del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales, ejercicio de 2013, por los establecimientos sitios en Barcelona, calle Pegas 5 y calle Meridiana 350 y Cornellá de Llobregat, habiendo solicitado la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado.

El presente recurso de casación se contrae en exclusividad a la cuota liquidada al establecimiento de Hipercor, sito en Cornellá de Llobregat, por importe de 1.484.674, 20 euros.

El auto de 31 de octubre de 2014 recoge la doctrina jurisprudencial sobre la materia, con especial referencia a las sentencias de este Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009, en donde se recoge la doctrina general , y de 23 de noviembre de 2011 , referida al ámbito tributario, y que en apretada síntesis en lo que ahora interesa se rechaza el automatismo con que la suspensión se produce en vía administrativa y se hace preciso alegar y asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria debiéndose estar a los criterios señalados en el artº 130 de la LJCA ; descendiendo al caso concreto se deja constancia de que " *la parte solicitante de la medida, se limita a invocar los perjuicios que el abono del importe de la liquidación le produciría sin concretar los mismos ni acreditar que su situación económica pueda verse perjudicada por el abono de la cifra de 6.095.260 euros, cifra que aún siendo elevada debe ponerse en proporción con la dimensión de la entidad mercantil que solicita la medida*". En el auto de 6 de febrero de 2015 , resolviendo el recurso de reposición, se señala que se adujo por el recurrente que se había garantizado la deuda en vía administrativa y que los daños de imposible y difícil reparación deben valorarse en el marco de todas las liquidaciones reclamadas por el grupo empresarial que cuenta con trece establecimientos en Cataluña, insistiendo la Sala de instancia en que la parte se ha limitado a solicitar la suspensión de la liquidación sin ni tan siquiera argumentar los supuestos perjuicios económicos que su abono le acarrearía, adicionando todas las liquidaciones de todos los establecimientos de los que dispone en Cataluña, recordando que la Sala de instancia mantiene una posición invariable en materia de medidas cautelares y exige que se justifique el periculum in mora, en la línea apuntada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2011 , limitándose la parte recurrente en insistir en la procedencia de la medida sin aportar dato o argumento alguno al respecto, sin demostrar su situación financiera real y como la misma puede verse comprometida por el abono de las cuotas tributarias.

SEGUNDO.- Como se ha indicado en los Antecedentes de la presente sentencia, la parte recurrente formula dos motivos de casación ambos al paio del artº 88.1.d) de la LJCA , oponiéndose la parte recurrida a la admisión del recurso en base a lo estatuido en el artº 93.2 de la LJCA .

Considera la parte recurrida que como se desprende de la lectura del escrito de preparación no se han observado los requisitos del artº 89.2 en relación con el 86.4, pues se ha omitido justificar que la infracción de la norma estatal que invoca ha sido relevante y determinante del auto recurrido.

No le asiste ninguna razón a la parte recurrida. Es de hacer notar, antes de referirnos a la doctrina correcta, que no es la patrocinada por la parte recurrida, que la parte recurrente hace expresa mención al artº 86.4 e intenta cumplimentarlo, con expresa referencia al artº 130 de la LJCA como norma infringida, norma estatal que ha sido la relevante y determinante para el pronunciamiento judicial; pero volviendo a la doctrina correcta, como una constante jurisprudencia enseña, véase por todos auto de este Tribunal Supremo de 24 de abril de 2008, rec. cas. 5350/2006 que "*respecto a la otra causa de inadmisión propuesta por los recurridos en su escrito de personación, consistente en la defectuosa preparación del recurso, tampoco se aprecia la concurrencia de la misma, pues como ha declarado esta Sala en 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 sde fundamento al recurso de casación, no, en cambio, delimitar las sentencias contras las que puede prepararse o interponerse recurso de casación*".



TERCERO.- Ya se ha puesto de manifiesto los términos en los que se pronuncia la Sala de instancia, que en definitiva viene a rechazar el automatismo en la suspensión de la liquidación tributaria cuando viene suspendida previamente en sede administrativa y la falta de justificación ofrecida por la parte recurrente.

La parte recurrente en su primer motivo de casación por infracción del artº 130 de la LJCA , alega, en cambio, que su solicitud estaba suficientemente justificada. Pone al descubierto, y así se constata de la simple lectura, que mediante el Primer Otrosi de su escrito de interposición del recurso solicitó la suspensión dando razón que las liquidaciones se encontraban suspendidas, habiéndose aportado los avales bancarios, fianzas que extienden " *su eficacia a toda la vía económico administrativa y en su caso a la vía contencioso administrativa*"; entra abiertamente a tratar de justificar los daños de muy difícil o imposible reparación que le causaría la ejecución, con referencia expresa a los trece centros que posee en Cataluña y lo elevado de las sumas de las liquidaciones por el IGEC, sin que la futura estimación y anulación de las liquidaciones con devolución de lo ingresado más intereses paliare el daño sufrido al tener que alterar el grupo empresarial las condiciones del ejercicio de la actividad, incluso plantearse la viabilidad económica de la misma, haciendo mención a la tutela cautelar efectiva; a continuación centra sus argumentos sobre el *fumus boni iuris*, dejando constancia de la Sentencia "Hervis" del TJUE, cuya copia acompaña, que se pronuncia sobre la interpretación del artº 49 del TFUE , y sobre la que realiza comentarios de los que desprender la improcedencia de las liquidaciones giradas, y aunque se afirma que la similitud no es total se dice que resulta manifiesta y, en todo caso, la conveniencia de presentar cuestión prejudicial; también compara los intereses en juego, y como queda protegido el interés público al garantizarse la deuda y sus intereses; pone de manifiesto el criterio favorable de los Tribunales de justicia sobre el otorgamiento de suspensión de las liquidaciones tributarias, recordando el matiz de que la misma no es automática y obligatoria en vía económico administrativa, pero haciendo referencia a que la misma ha sido mantenida en la Sentencia del Pleno de este Tribunal de 7 de marzo de 2005 que mantiene la doctrina contenida en la sentencia de 6 de octubre de 1998 .

CUARTO.- Como se constata de los antecedentes existentes no existe discrepancia alguna sobre la doctrina aplicable al caso, los autos impugnados recogen y transcriben correctamente la doctrina jurisprudencial aplicable, lo que no es puesto en duda por la parte recurrente. Respecto de la Sentencia del Pleno de 7 de marzo de 2005 , en referencia a la de 6 de octubre de 1998 , esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones, y al respecto hemos dicho que:

" 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 cita la parte recurrente, 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 . Términos de los que os hemos hecho eco anteriormente.

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 pueda considerarse que resuelve un asunto análogo. En el auto de 6 de febrero de 2015 , 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, resultando indispensable la justificación o prueba, aun incompleta o simplemente por indicios, de las circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar, de suerte que la mera alegación no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado hace perder al recurso contencioso- administrativo su finalidad legítima. Es una carga, pues, que corresponde al interesado en obtener la suspensión, al que le incumbe probar que las consecuencias de dicha ejecución, en el caso concreto de que se trata, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica.

Sobre este requisito la parte recurrente en su solicitud señala los daños de muy difícil o imposible reparación que le acarrearía la ejecución de las liquidaciones, señalando su pertenencia a un grupo empresarial y el montante total que ascenderían las cuotas giradas a los trece centros de los que dispone en Cataluña y que de lograr una sentencia estimatoria la devolución de cuotas más intereses no paliaría aquellos " *pues el grupo empresarial del que forma parte tendría que alterar sustancialmente las condiciones del ejercicio de su actividad, incluso plantearse la viabilidad económica de la misma*".

Resulta evidente que no existe ni justificación suficiente, ni se aporta prueba o principio de prueba o al menos indicios, de los que deducir razonablemente que el pago de la citada cantidad puede alterar las condiciones del ejercicio de su actividad o incluso su viabilidad, son afirmaciones apodícticas, se hace supuesto de la cuestión, y esta queda en absoluta indefinición, cuando se omite acompañar datos o factores sobre los que apoyar dicha afirmación, siendo razonable el parecer de la Sala de instancia cuando en atención a la cifra exigida y la notoria importancia empresarial de la parte recurrente, tacha de genérica la invocación de los supuestos daños, que además los pretende basar en exclusividad en una referencia estrictamente económica. Lo que nos debe llevar a desestimar este motivo.

QUINTO.- El siguiente motivo de casación se apoya en el artº 88.1.c) de la LJCA , incongruencia omisiva, en tanto que habiéndose condenado en costas a la parte recurrente en el auto de 31 de octubre de 2014 , moderándola en la suma de 200 euros, se alegó en el recurso de reposición en relación a la condena costas, en el sentido de que tratándose de un supuesto dudoso no debería de haberse condenado en costas, sin que la Sala de instancia prestara atención alguna a dicha alegación.

Sobre la condena en costas en la pieza de medidas cautelares, ha de convenirse que la expresión utilizada por el artº 139.1, no distingue, sino que establece como criterio general el del vencimiento en todos los autos que resuelva recursos o incidentes; no existe excepción, aunque si es aconsejable atender a cada caso concreto a los efectos de aplicar con mayor flexibilidad posible las excepciones previstas a los efectos de paliar en estos casos el rigor excesivo del criterio objetivo del vencimiento. Este Tribunal Supremo al resolver como juez de la instancia solicitudes de medidas cautelares, ha seguido el criterio del vencimiento con las excepciones legales.

Es de hacer notar que la Ley jurisdiccional no incluye entre las pretensiones que pueden formular las partes la de pedir la condena en costas como presupuesto necesario, lo que indica abiertamente su naturaleza jurídico-



procesal, de suerte que el pronunciamiento sobre las mismas no se hace depender de la voluntad rogada de las partes, sino que es consecuencia obligada en base a las postulaciones de las pretensiones ejercidas en el recurso que, formalmente, deben ser apreciadas.

Con los citados presupuestos, y centrado el debate en la condena en costas, no en su cuantificación, ha de convenirse que dicho pronunciamiento en condenatorio en costas, aplicando el principio general del vencimiento, es el resultado jurídico procesal al que ha conducido el pronunciamiento sobre las cuestiones conformadoras de la pretensión actuada en atención a la conducta procesal de las partes. Si no consideraba la Sala que concurría algunas de las excepciones, la consecuencia era la condena y de manera expresa contiene el auto el pronunciamiento al efecto, aplica el criterio objetivo del vencimiento por no apreciar dudas de hecho o de derecho.

En definitiva, cuando en la condena en costas se aplica el criterio objetivo, no es necesaria motivación alguna, puesto que es impuesto imperativamente por la ley; sin embargo, cuando se exceptiona por el criterio subjetivo, en estos casos, necesariamente ha de venir motivado, el juzgador debe obligatoriamente justificar la excepción o la imposición cuando emplea el criterio subjetivo, y la falta de motivación o justificación si es fiscalizable por el Tribunal ad quem, de suerte que en estos casos debe el Tribunal superior entrar sobre la condena en costas o en su no imposición. En definitiva, en aquellos supuestos en los que la imposición de costas resulta excepcional, la motivación es obligada, por estar condicionada a la concurrencia de circunstancias subjetivas y no es consecuencia directa de la norma, en dicha línea cabe apuntar la STC 232/2007, de 5 de noviembre .

A lo que cabe añadir que es doctrina pacífica del Tribunal Supremo que la decisión judicial de imponer o no las costas, aparte de que normalmente no alcanza la cuantía que abre la apelación o casación en la inmensa mayoría de los casos, queda a la libre apreciación del órgano ad quo, pertenece a la soberanía del juzgador o Tribunal de instancia y no es revisable por el superior.

Ahora bien la parte recurrente lo que cuestiona es que el auto resolviendo el recurso de reposición no haya prestado atención alguna a la impugnación sobre las costas, lo cual es cierto, no hay una contestación expresa a dicha alegación, pero conviene poner de manifiesto que no siempre es necesario una respuesta explícita y pormenorizada de los planteamientos o argumentos de las partes, partiendo de los razonamientos anteriores resulta evidente que no era preciso entrar sobre una cuestión que había quedado suficientemente resuelta en el auto impugnado, y que ímplicitamente la Sala desestima en el recurso de reposición, resultando innecesario recordar el criterio general del vencimiento del artº 139 y volver sobre la no concurrencia de las excepciones contempladas cuando ya, por demás, se insiste en la falta de justificación en la solicitud.

SEXTO.- Por lo expuesto, procede desestimar el recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente, si bien la Sala limita los honorarios del Sr. Abogado de la Generalidad de Cataluña a la cantidad máxima de 1.000 euros.

Por lo expuesto,

En nombre de su Majestad El Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto contra el Auto dictado por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de febrero de 2015 , desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra anterior de fecha 31 de octubre de 2014, recaídos en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 539/2014, los que confirmamos, con imposición de costas a la parte recurrente, con el límite indicado en el último Fundamento de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico Rafael Fernandez Montalvo **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma D. Jose Antonio Montero Fernandez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Certifico.