



Roj: **STS 4405/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4405**

Id Cendoj: **28079130022018100297**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **18/12/2018**

Nº de Recurso: **481/2017**

Nº de Resolución: **1790/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATSJ CAT 588/2016,**
ATS 4177/2017,
STS 4405/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1.790/2018

Fecha de sentencia: 18/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **481/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Jose Navarro Sanchis

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **481/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Jose Navarro Sanchis

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1790/2018

Excmos. Sres.

D. Angel Aguallo Aviles, presidente

D. Francisco Jose Navarro Sanchis



D. Jesus Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 18 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Segunda por los Excmos. Sres. Magistrados que figuran indicados al margen, el recurso de casación nº **481/2017**, interpuesto por el procurador don César Berlanga Torres, en nombre y representación de la sociedad mercantil **HIPERCOR, S.A.**, contra los autos de 25 de febrero y 26 de julio de 2016 que, inicialmente y al desestimar el recurso de reposición, deniegan la medida cautelar solicitada por la mencionada empresa, consistente en la suspensión de la liquidación del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC), periodo 2013. Ha comparecido como parte recurrida el Letrado de la Generalidad de Cataluña, en nombre y representación de la **GENERALIDAD DE CATALUÑA**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Jose Navarro Sanchis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.

1. Este recurso de casación tiene por objeto impugnatorio el constituido por los autos judiciales a que se ha hecho anterior referencia.

2. Los hechos sobre los que ha versado el litigio son los siguientes:

a) HIPERCOR interpuso recurso jurisdiccional ante la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra la resolución de la Junta de Finanzas de la Generalidad de Cataluña de 19 de junio de 2014, desestimatoria de la reclamación formulada contra la liquidación practicada en relación con el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales -IGEC-, periodo 2013, referida al establecimiento comercial "Hiperpor" sito en carretera de Barcelona, 106 (Gerona).

b) En el suplico de su escrito de interposición, HIPERCOR solicitó en su día la suspensión de la liquidación tributaria impugnada y, abierta y tramitada la pieza separada de suspensión, en que acreditó la aportación de garantía suficiente consistente en aval bancario, solicitó se dictara auto acordando la suspensión. La Sala de instancia, en virtud de auto de 6 de octubre de 2014, confirmado en reposición por el de 6 de febrero de 2015, denegó la medida cautelar, resoluciones ambas que quedaron firmes.

c) Mediante escrito de 20 de enero de 2016, HIPERCOR volvió a solicitar la misma medida cautelar de suspensión antes denegada, justificándola en un cambio en las circunstancias existentes en el momento de la petición originaria, alegando al efecto que existe una clara jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, en que se ha ordenado la suspensión en liquidaciones sustancialmente idénticas a la impugnada.

d) La Sala de instancia, previo traslado a la Generalidad de Cataluña, dictó auto de 25 de febrero de 2016, ratificado en vía de reposición el 26 de julio posterior, que son los ahora recurridos en casación. En ellos se volvió a denegar la suspensión cautelar de la liquidación expresada. En el primero de los autos se razona en los siguientes términos:

"SEGUNDO.- El artículo 132.1 LJCA, dispone que: "Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado".

Este apartado, redactado conforme a una enmienda que se introdujo en el Senado al proyecto de ley remitido por el Congreso de los Diputados, pretendió acabar con la práctica de tener que tramitar un nuevo incidente cautelar, cada vez que el procedimiento accedía a una nueva instancia procesal. Permitiéndose, sin embargo, un nuevo examen de la pretensión cautelar a partir de un "cambio de circunstancias", que no podrán consistir, tal y como precisa el apartado segundo del mismo precepto, en "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".

En el presente procedimiento, la parte actora ningún cambio de circunstancias expone, pues se limita a alegar un pretendido cambio jurisprudencial.



En estas circunstancias, procede traer a colación la doctrina contenida en la STS de 7 de marzo de 2003, según la cual: "las cuestiones atinentes a la procedencia de la suspensión ya fueron resueltas en el auto de la Sala de instancia de 27 de diciembre de 2000. Sobre ellas no se puede volver, porque constituyen "cosa juzgada" que sólo podrá ser revisada si "cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado" artículo 132.1 de la Ley Jurisdiccional".

Y en base a la misma, denegar la suspensión pretendida por cuanto las resoluciones dictadas no suponen la existencia de cambio alguno e las circunstancias que motivaron lo acordado con anterioridad por esta misma Sala y Sección en relación con la pretendida suspensión".

Tales argumentos son complementados por la Sala de instancia con los que recoge el auto denegatorio del recurso de reposición, que señala lo que sigue:

"El Tribunal Supremo, interpretando el art 132 de la LJCA ,afirma en sentencia de 24 de septiembre de 2008, que la posibilidad de modificación o revocación de las medidas cautelares adoptadas, que contempla el apartado 1 del artículo 132 de la Ley Jurisdiccional, no constituye un medio para revisar la corrección de una decisión firme relativa a medidas cautelares , que, según establece el mismo precepto, estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al proceso o éste finalice por cualquier otra causa legal.

El número 2 del art 132 excluye que esta modificación o revocación, pueda proceder 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.

Debe por tanto producirse una variación de los hechos que concurrían al tiempo de resolver la primera petición de medida cautelar, y en este caso no hay una variación fáctica, ya que la variación que se alega por la parte actora es jurídica, lo que no puede encajar en el supuesto previsto en la LJCA para que se modifique o revoque la resolución adoptada respecto de la medida cautelar".

SEGUNDO.- Preparación y admisión del recurso de casación.

1. El procurador don Enrique Galisteo Cano, en nombre y representación de HIPERCOR presentó, el 4 de noviembre de 2016, escrito de preparación del recurso de casación contra ambos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, se identifican como normas infringidas los artículos 130 y 132 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en relación con el artículo 736.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. La Sala de instancia acordó, mediante auto de 12 de enero de 2017, tener por preparado el recurso de casación por parte del citado procurador, que representa a HIPERCOR, contra los autos arriba mencionados.

TERCERO.-Interposición y admisión del recurso de casación.

1. El procurador don César Berlanga Torres, en representación de HIPERCOR, interpuso recurso de casación mediante escrito de 26 de junio de 2017, que observa los requisitos legales, en que se mencionan como normas jurídicas infringidas, los artículos 132 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la LJCA y 736.2 de la LEC, escrito en que solicita que se anulen los citados autos y se declare la suspensión instada.

2. La Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió el recurso de casación por medio de auto de 3 de mayo de 2017, en que aprecia la presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciada en estos literales términos:

"... 2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

(a) Determinar si el cambio de circunstancias para conceder una medida cautelar previamente denegada tiene que ser de índole fáctica o puede ser también de índole jurídica,

(b) Y de considerarse que debe ser de índole fáctica, si el dictado de sentencias del Tribunal Supremo con posterioridad a la denegación de la primera solicitud, en las que se concede la misma medida cautelar en supuestos sustancialmente idénticos, debe reputarse como una circunstancia fáctica o jurídica a tal efecto.

3º) El precepto legal que en principio será objeto de interpretación es el artículo 132 LJCA , en relación con el artículo 736.2 LEC ...".

CUARTO.- Oposición del recurso de casación.



El Letrado de la Generalidad de Cataluña, en la representación que por ministerio de la ley ostenta, emplazado como recurrido en este recurso de casación, presentó escrito de oposición el 29 de enero de 2018, donde suplica se dicte sentencia que desestime el recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Vista pública y deliberación

En virtud de la facultad que le confiere el artículo 92.6 LJCA, la Sección no consideró necesaria la celebración de vista pública, por lo que las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en providencia de 3 de septiembre de 2018, fijándose al efecto el día 27 de noviembre de 2018, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló el asunto, con el resultado que seguidamente se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso de casación.

El objeto de esta sentencia consiste en determinar si los autos dictados por la Sala de instancia por los que se deniega la medida cautelar han interpretado correctamente los preceptos procesales que permiten una modificación del régimen cautelar a la vista de circunstancias sobrevenidas. En particular, nos interpela el auto de admisión, en primer término, sobre si el cambio de circunstancias para conceder una medida cautelar previamente denegada tiene que ser de índole fáctica o puede ser también de índole jurídica, en el ámbito de lo establecido en el artículo 132.1 LJCA; y, en segundo término, de considerarse que ese cambio de circunstancias debe ser de índole fáctica, el hecho de que el Tribunal Supremo, con posterioridad a la denegación de la primera solicitud, haya concedido la misma medida cautelar en supuestos sustancialmente idénticos al ahora enjuiciado, debe reputarse como una circunstancia fáctica o jurídica a tal efecto.

SEGUNDO.- El criterio del *fumus boni iuris* concretamente invocado en el recurso de casación para obtener la medida cautelar de suspensión.

Se hace necesario explicar, para la resolución de este recurso de casación, que estamos ante una medida cautelar de suspensión denegada por la Sala *a quo*, mediante auto, en el mismo sentido en que ya lo había sido, en el mismo recurso, dos años antes, sin que por razón de la cuantía se hubiera podido acudir al recurso de casación.

La razón de la segunda solicitud promovida por HIPERCOR en el mismo incidente cautelar obedece al pretendido cambio de circunstancias concurrentes justificadora, a su juicio, de la adopción de la medida suspensiva, cuya motivación es explicada por la concurrencia de una serie de sentencias dictadas por esta misma Sala y Sección, en virtud de sendos recursos de casación, anteriores a los autos del TSJ de Cataluña, aunque hay algunas posteriores, que en relación con la suspensión de liquidaciones del mismo impuesto - IGEC- catalán, otorgan la medida cautelar, en favor de HIPERCOR y otras empresas. Cabe mencionar al efecto las pronunciadas el 14 de diciembre de 2015 (recursos de casación nº 607 y 614/2015), así como en la de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación nº 1337/2015) -aunque nos surge la duda respecto de ésta última sentencia, porque en la base de datos oficial del Tribunal Supremo figura una sentencia en este mismo recurso de casación, el nº 1337/2015, entablado por la misma parte recurrente y dirigido contra idénticos autos de denegación de la suspensión adoptados por la Sala de esta jurisdicción de Cataluña, recurso que había sido fallado con anterioridad, el 4 de noviembre de 2015, en sentido radicalmente contrario al anteriormente citado, sin que conste dato o circunstancia que explique o justifique esa duplicidad de fallos divergentes.

Al margen de ello, el fundamento esencial de la decisión de estimar los expresados recursos de casación por este Tribunal reside en el *fumus boni iuris* que, en relación con la adecuación al Derecho de la Unión Europea, suscitaba el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales, a partir de los datos entonces conocidos. Así, la sentencia de 14 de diciembre de 2015 (recurso de casación nº 607/2015), da cuenta de la concurrencia del citado *fumus* o apariencia en estos términos:

"[...] En el caso que nos ocupa la invocación de la apariencia de buen derecho se justifica (en) "la comunicación de la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Europea (DG TAXUD), y a (sic) 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 (sic) 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 referencia 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 (sic)*, 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".

TERCERO.- Algunas necesarias precisiones en relación con las cuestiones que plantea el auto de admisión de este recurso de casación y su relación directa y necesaria con la resolución de este asunto.

Hay una consideración imprescindible cuando se trata de examinar la adecuación a Derecho de las decisiones judiciales en materia cautelar, con fundamento en el carácter casuístico y circunstancial que preside el enjuiciamiento de las medidas de aseguramiento del objeto del proceso y que, por ello mismo, dificultan notablemente el establecimiento general de pautas doctrinales o de criterios objetivos de validez universal para determinar si tales resoluciones judiciales son o no correctas.

En el caso que nos ocupa, las cuestiones de necesario esclarecimiento contenidas en el auto de admisión del recurso vienen referidas a la exégesis del artículo 132, en relación con el artículo 130, ambos de nuestra Ley jurisdiccional y ambos, a su vez, puestos en conexión con el artículo 732.2 de la LEC.

Tales cuestiones requieren un pronunciamiento sobre la naturaleza de las circunstancias nuevas que permiten un cambio en la decisión cautelar previamente adoptada, y si deben ser sólo de índole fáctico o también son admisibles las de índole jurídica, siendo así que la segunda pregunta nos interroga sobre una cuestión que nos parece obvia e innecesaria, la de que califiquemos la existencia de una doctrina jurisprudencial recaída en materia de suspensión, por referencia -debe entenderse, a actos similares a los objeto de enjuiciamiento en este asunto- como cuestión fáctica o jurídica. Es evidente esto segundo.

Al margen de ello, el artículo 130.1 de la LJCA dispone que "1. *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*", prevención sustancial en materia de tutela cautelar que es complementada, en lo que aquí interesa, con lo dispuesto en el artículo 132 de la misma Ley, al prescribir que "1. *Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.*

2. *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*".



Este régimen impide atribuir un carácter absoluto a la doctrina interpretativa general que en el auto se pretende establecer, pues en materia cautelar rige el principio elemental de prevención de la desaparición del objeto procesal, esto es, del riesgo del *periculum in mora*, derivado de la dicción del artículo 130.1 LJCA, en tanto se localiza el objetivo que ha de perseguir toda medida cautelar en la evitación de que la ejecución del acto impugnado pueda hacer perder *su finalidad legítima al recurso*, designio para cuya consecución se atribuyen al juez poderes abiertos de apreciación de circunstancias concurrentes, manifestadas en la llamada efectuada por la ley a la *valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto*. Ambos conceptos jurídicos indeterminados, de amplia configuración y predominantemente circunstanciales o de ponderación equilibrada, dificultan la decisión que el auto nos propone, si éste ha de ser concebido en términos generales.

1) Así, no habría dificultad ontológica en extender, en ciertos casos, la posibilidad de modificación o revocación de medidas ya adoptadas, a los supuestos de adopción *ex novo* de medidas antes denegadas en el mismo proceso, a la vista de circunstancias determinantes que pudieran influir decisivamente en el mencionado riesgo de pérdida de finalidad del recurso, pues tal es exigencia inherente a la tutela judicial cautelar. Así cabe deducirlo de lo establecido en el artículo 736.2 de la LEC, a cuyo tenor "2. *Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición*".

2) Mayores problemas presenta, en principio y expresado en términos generales, que la modificación o revocación durante el curso del procedimiento -incluso su adopción por vez primera cuando previamente habían sido denegadas, como hemos visto- pueda instrumentarse en presencia de un cambio de circunstancias que no fuera fáctico, sino jurídico, pues parece oponerse a ello, en principio, el artículo 132.2 LJCA.

En apoyo de la misma tesis está, en primer lugar, el de la gramática, pues *circunstancia* es término que parece reservado para los hechos, como señala la primera acepción del diccionario de la Real Academia Española: "[A]ccidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho".

3) Sin embargo, la necesidad esencial y primaria, propia de toda medida cautelar, de preservar la finalidad legítima del recurso y prevenir su desaparición nos impide acotar, en términos absolutos, tal límite interpretativo, descartando de plano que haya datos o elementos sobrevenidos de orden jurídico que pudieran afectar concluyentemente al enjuiciamiento cautelar. Ello depende en buena medida de la naturaleza más o menos intensa o intervencionista de la potestad ejercitada, de la intensidad con que juegan en cada caso, materia o acto, las presunciones administrativas; o, en fin, de la propia índole del factor jurídico que haya de tenerse en cuenta: así, por ejemplo, sería razonable adoptar una medida cautelar antes denegada para acceder a la suspensión cautelar de una sanción en presencia de una norma legal sobrevenida más favorable al sancionado.

4) Lo que sí resulta patente y, además, es necesario tomar en consideración para resolver este concreto asunto, es que el denominado *fumus boni iuris*, aun cuando se fundamente en sentencias judiciales firmes, con fundamento en el vaticinio más o menos fundado sobre la razonabilidad o prosperabilidad de la pretensión principal de fondo, de cuyo aseguramiento o cautela se trata, no constituye un factor estático o inamovible en el tiempo, sino por el contrario es dinámico y evolutivo, de suerte que lo que, en un momento dado y en presencia de datos o factores que son valorados en aquellas decisiones judiciales, crea o denota esa apariencia fundada de buen derecho -como sucede aquí en las sentencias de esta Sala a que se ha hecho referencia en relación con el *fumus boni iuris*, manifestado en las diversas iniciativas de órganos administrativos de la Unión Europea que parecían poner en tela de juicio la conformidad con el ordenamiento comunitario del impuesto que nos ocupa, ahora en sede cautelar-, puede haber perdido luego su razón de ser a la vista de nuevos datos o circunstancias jurídicas que contradigan, enerven o neutralicen ese *fumus* o apariencia, que es, justamente, lo que aquí ha sucedido.

CUARTO.- Resolución del asunto sin examinar de modo directo las preguntas propuestas en el auto de admisión, debido a la neutralización del *fumus boni iuris* originariamente apreciado en sentencias de este Tribunal Supremo.

1) El problema de este asunto es que, aun dando respuesta positiva a los términos del auto de admisión, ello no nos serviría de base lógica cierta para decidir este concreto recurso de casación. En otras palabras, aun aceptando que cabe modificar resoluciones judiciales firmes, en forma de auto, denegatorias de medidas cautelares solicitadas, debido a la aparición sobrevenida de circunstancias nuevas; y admitiendo también que, entre esas *circunstancias nuevas* (artículo 132.1 y 2 LJCA), se pueden encontrar las de índole jurídica y no meramente fáctica; y, como dice la segunda pregunta del auto, si siendo sólo posibles y admisibles, por hipótesis, las de índole fáctica, aceptáramos a efectos polémicos que el dictado de sentencias del Tribunal Supremo con posterioridad a la denegación de la primera solicitud, en las que se concede la misma medida



cautelar en supuestos sustancialmente idénticos, puede reputarse como una circunstancia fáctica y no jurídica a tal efecto (la fórmula del auto parece un tanto confusa), la decisión del recurso de casación no depende de la respuesta a tales cuestiones ni, en suma, del deslinde de los conceptos normativos procesales de los artículos 130 y 132 de la LJCA.

Antes bien, el núcleo del problema se localiza en otro elemento de convicción diferente: que el *fumus* que fue apreciado en las tres sentencias de esta Sala y Sección de 14 y 16 de diciembre de 2015 que se invocan en el escrito de interposición del recurso de casación como fundamento de la pretensión casacional ha desaparecido sobrevenidamente a la vista de otras circunstancias nuevas, también jurídicas, distintas de aquéllas, que neutralizan totalmente esa primer impresión o apariencia -fruto válido o correcto del momento en que fue observada-, acerca del *fumus boni iuris*, y que determinan claramente que el impuesto objeto de liquidación y de petición de suspensión se acomoda, en los términos que seguidamente especificamos, al Derecho de la Unión Europea, lo que modifica sensiblemente el enjuiciamiento cautelar.

2) Esto es, lo que en al tiempo de dictarse tales sentencias se creían o parecían indicios sólidos y consistentes de inadecuación de la Ley catalana de grandes establecimientos comerciales al Derecho de la Unión Europea, bastantes para sustentar en ellos la suspensión de las liquidaciones, ahora, los nuevos e inexorables datos basados en sentencias judiciales posteriores que tenemos a nuestra disposición, nos deben llevar justamente a la solución contraria.

3) Es decir, las tres sentencias invocadas como fundamento de la pretensión casacional se refieren a una situación jurídica, definida en ellas y consistente en los datos que menciona, entre ellos la *comunicación de la Comisión Europea al Reino de España, de 28 de noviembre de 2014 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.*

4) Pero si se da entrada al *fumus* como elemento sobrevenido que permite cambiar lo decidido en la pieza cautelar, no se puede dejar de tener en cuenta que esa apariencia, sin entrar ahora a examinar su solidez o vigor, ha quedado clara y notablemente superada por dos circunstancias jurídicas, contrarias de modo directo a ese *fumus*, y de mucho mayor peso:

a) la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de abril de 2018, en el asunto C-233/16, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo, en auto de 10 de marzo de 2016, en el procedimiento entre ANGED y la Generalidad de Cataluña (recurso de casación nº 3797/2012).

b) También nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2018 (en ese mismo recurso nº 3797/2012), que estima en parte el recurso de casación formulado contra la sentencia de 27 de septiembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del de Cataluña, que desestimó el recurso nº 262/02, dirigido frente al Decreto de la Generalidad de Cataluña 342/2001, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales de Cataluña.

Esa estimación parcial, en sentencia firme de este Tribunal Supremo, parte para su decisión del presupuesto o premisa cierta de considerar jurídicamente que el IGEC catalán es conforme, en general, con el Derecho de la Unión Europea, tal como por lo demás se había declarado previamente en la sentencia expresada del TJUE de 26 de abril de este año. Si bien en relación con limitados casos se aprecia una infracción fundada en la existencia de ayudas de Estado -al exonerar a los grandes establecimientos comerciales colectivos cuya superficie de venta sea igual o superior a 2 500 m²-, no consta que tal salvedad sea aquí concurrente.

5) Surge, por último, la duda de si el hecho de haberse avalado la deuda -sobre lo que no se razona por el recurrente, salvo la alegación no discutida, de que se ha garantizado- bastaría para conceder a HIPERCOR la suspensión cautelar pretendida, a lo que debe darse respuesta negativa, porque tal enjuiciamiento, además de ser propio de la Sala de instancia, excede los términos del auto de admisión, que no lo ha incluido entre las cuestiones que presentan interés casacional.

En consecuencia, procede desestimar el recurso de casación interpuesto, pues el único motivo en que se basa no puede prosperar, dado el acierto de las resoluciones recurridas al denegar la medida cautelar, aunque lo hayan hecho por razones no estrictamente coincidentes con las que sirven de fundamento a nuestra decisión.

QUINTO. Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en la conducta de la parte recurrente, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el procurador don César Berlanga Torres, en nombre y representación de la sociedad mercantil **HIPERCOR, S.A.**, contra los autos de 25 de febrero y 26 de julio de 2016 que, en una primera resolución de la pieza separada y al desestimar el preceptivo recurso de reposición, deniegan la medida cautelar de suspensión promovida.

2º) No formular pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Angel Aguallo Aviles

Francisco Jose Navarro Sanchis Jesus Cudero Blas

Rafael Toledano Cantero Dimitry Berberoff Ayuda

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don. Francisco Jose Navarro Sanchis, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJIDOJ