

Roj: STS 591/2008
 Id Cendoj: 28079130022008100086
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 2
 Nº de Recurso: 653/2006
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: JUAN GONZALO MARTINEZ MICO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x SUSPENSIÓN DE EFECTOS DEL ACTO RECURRIDO x
- x PROPORCIONALIDAD (MEDIDAS CAUTELARES) x
- x FUMUS BONI IURIS x
- x PERICULUM IN MORA x
- x CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE DERECHO COMUNITARIO x
- x RÉGIMENES FINANCIEROS FORALES x
- x APARIENCIA DE BUEN DERECHO x
- x EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ADMINISTRATIVAS x
- x INTERÉS PÚBLICO x
- x VOTO PARTICULAR x

Resumen:

Suspensión del acto impugnado. Medidas cautelares. Apariencia de buen derecho. Interés general. Periculum in mora. Cuestión prejudicial.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil ocho.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Magistrados al margen anotados, el recurso de casación que, con el num. **653/2006**, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la DIPUTACION FORAL DE GUIPUZCOA, representada por Procurador y dirigida por Letrado, contra el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 23 de diciembre de 2005, en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo num. 1254/2005, seguido ante la misma contra el *Decreto Foral 32/2005, de 24 de mayo, que modifica determinados preceptos de la Norma Foral 7/1996, de 4 de julio*, del Impuesto sobre Sociedades, y su convalidación por la Norma Foral 4/2005, de 5 de julio.

Han comparecido en calidad de recurridos la COMUNIDAD AUTONOMA DE CASTILLA y LEON y la Confederación Empresarial Vasca CONFEBASK, representada por Procurador y dirigida por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Comunidad Autónoma de Castilla y León, en escrito de 22 de julio de 2005, interpuso recurso contencioso- administrativo --el num. 1254/2005-- *contra el Decreto Foral 32/2005, de 24 de mayo*, de la Diputación Foral de Guipúzcoa (Boletín Oficial de Guipúzcoa num. 99, de 27 de mayo) por el que se modifican determinados *preceptos de la Norma Foral 7/1996, de 4 de julio*, del Impuesto sobre Sociedades, y su convalidación por la Norma Foral 4/2005, de 5 de julio, (publicada en el B.O.G. num. 131, de 12 de julio).

En el escrito de interposición del recurso, por medio de otrosí, solicitó la suspensión de la vigencia de la norma impugnada.

SEGUNDO.- En la pieza separada de medidas cautelares la Sala de esta Jurisdicción de Bilbao dictó Auto el 7 de octubre de 2005 , cuya parte dispositiva dice: Acordar, a instancia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la suspensión cautelar durante la tramitación del presente recurso de los *arts. 29.1.A) y 37 del Decreto Foral* de la Diputación Foral de Guipúzcoa 32/2005, de 24 de mayo, convalidadas por Norma Foral de las Juntas Generales de dicho territorio, 4/2005, de 5 de julio, no dando lugar en cambio a la suspensión de los *arts. 11 y 15.11 del citado Decreto Foral* , y no haciendo expresa imposición de costas.

TERCERO.- Contra el Auto de 7 de octubre de 2005 , la Diputación foral y las Juntas Generales de Guipúzcoa formularon recurso de súplica.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 23 de diciembre de 2005 , dictó auto cuya parte dispositiva acuerda: "Desestimar los recursos de súplica interpuestos por la Procuradora de los Tribunales D^a Begoña Urizar Ancibia en representación de la Diputación Foral y las Juntas Generales de Guipúzcoa frente al Auto de 7 de octubre de este año, que acordaba la medida cautelar de suspensión de los *arts. 29.1.A) y 37 de la Norma Foral 7/1996, de 4 de julio* , del Impuesto sobre Sociedades, en redacción dada por *Decreto Foral 32/2005, de 24 de mayo* , de la Diputación Foral de Guipúzcoa, convalidado por Norma Foral de JJ.GG. de Guipúzcoa 4/2005, de 5 de julio, y confirmamos la suspensión de dichos preceptos, sin hacer pronunciamiento en costas".

CUARTO.- Contra el Auto de 23 de diciembre de 2005 de la Sala de esta Jurisdicción de Bilbao por el que se resuelve la desestimación del recurso de súplica sobre la suspensión cautelar del *Decreto Foral 32/2005 y de la Norma Foral 4/2005* , la Diputación Foral de Guipúzcoa presentó ante el Tribunal "a quo" escrito de preparación de recurso de casación anunciando que lo fundamentará en el *art. 88.1 .d)*, en concordancia con lo previsto en el *art. 86.4 de la Ley de Jurisdicción* , por entender que el Auto dictado ha desatendido lo que preceptúan los *arts. 129 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción* respecto de las medidas cautelares cuando se solicitare la suspensión de la vigencia de una disposición general o de alguno de sus preceptos.

QUINTO.- Por Auto de 12 de enero de 2006, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao tuvo por preparado el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a esta Sala y emplazando a las partes para que comparezcan ante la misma.

Interpuesto el recurso por la Diputación Foral de Guipúzcoa en tiempo y forma ante esta Sala, se desarrolló después, procesalmente, conforme a las prescripciones legales; y formalizado por la representación procesal de la parte recurrida -- Comunidad Autónoma de Castilla y León-- su oportuno escrito de oposición al recurso, se señaló, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 8 de enero de 2008 , fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.

Conviene hacer dos precisiones: 1^a/ Interpusieron también recurso de casación las Juntas Generales de Guipúzcoa pero al no constar que hubieran preparado el recurso de casación, en Providencia de 27 de marzo de 2006 se tuvo por no interpuesto. 2^a/ La Confederación Empresarial Vasca (CONFEBASK) se personó en concepto de recurrida, pero a la hora de formalizar el escrito de oposición declaró no mantener posición contraria a la de la Diputación recurrente compartiendo con ésta el mismo interés y las argumentaciones expuestas.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Gonzalo Martínez Micó, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Auto de 7 de octubre de 2005 se funda en los mismos razonamientos jurídicos que expuso en su Auto de 27 de septiembre de 2005 frente a la solicitud de medida cautelar promovida por la Comunidad Autónoma de La Rioja en el recurso contencioso-administrativo --num. 857/2005-- interpuesto frente al mismo Decreto Foral que es objeto del presente recurso.

Decía así referido Auto: "En el presente incidente la parte que solicita la medida cautelar hace pivotar todos sus argumentos en el hecho de que existiendo una sentencia que anula los *arts. 11, 15.11, 29.1.a) y 37 de la Norma Foral 7/1996, de 4 de julio* , del Impuesto sobre Sociedades, su contenido se reproduce en el *Decreto Foral 32/2005, de 24 de mayo* , so pretexto de cubrir el vacío normativo que produce el pronunciamiento judicial; por tanto, lo primero que debe ser examinado por la Sala es si efectivamente es cierta la identidad de contenido entre los preceptos anulados y los que son objeto de la solicitud de suspensión, en lo que concierne a los elementos que fundaron la razón de la declaración de nulidad por el

Tribunal Supremo.

El *art. 11 de la Norma Foral 7/1996*, dedicado a las "Correcciones de valor: amortizaciones", fue anulado por el Tribunal Supremo tras cuestionarse el contenido de las tablas de amortización y método regulado; en la nueva redacción del *art. 11 dada por el Decreto Foral 32/2005*, desaparecen aquellas tablas de amortización, estableciendo el posterior desarrollo reglamentario de los coeficientes y métodos de amortización a aplicar y de las reglas especiales del cálculo de la amortización. No existe, por tanto, en estos momentos y en lo que es de interés, la identidad de contenido que la promotora del incidente postula.

Lo mismo ocurre con el *apartado 11 del art. 15*; el Tribunal Supremo anuló la redacción dada por la Norma Foral 7/1996 por no establecerse ninguna restricción a la corrección en el mecanismo de actualización de las plusvalías; la redacción dada por el *Decreto Foral 32/2005 introduce un apartado c) en el precepto* que impone un coeficiente de endeudamiento ajeno, a aprobar reglamentaria.

El *art. 29. 1.a) que señalaba el tipo de gravamen del 32.5 por 100*, razón de su anulación por la sentencia del Supremo, tiene idéntico contenido en el *Decreto Foral 32/2005*.

El fundamento de la anulación del *art. 37 de la Norma Foral 7/96* que regula la deducción por inversiones en activos fijos materiales nuevos, fue la incorporación de una deducción específica en los territorios forales vascos, sujeta al cumplimiento de determinados requisitos, que se mantiene en el *Decreto 32/2005*.

La jurisprudencia que interpreta el *art. 130 de la Ley Jurisdiccional* pone de manifiesto que el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso (sentencia de 27 de abril de 2004, en los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000). Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora", que opera como criterio decisor de la suspensión cautelar, aunque sin olvidar la incidencia concurrente de los intereses generales y de los terceros, como posible obstáculo a la adopción de la medida.

En cuanto a la invocación de la apariencia de buen derecho, conviene hacer también referencia a la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la apariencia de buen derecho exige su prudente aplicación y significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

Partiendo de tales consideraciones generales, la medida cautelar solicitada es de favorable acogida respecto de los *arts. 29 y 37* toda vez que estamos ante la impugnación de unos preceptos idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por lo que concurre una clara y determinante apariencia de buen derecho y, en consecuencia, el tiempo que necesariamente ha de transcurrir hasta dictar la sentencia puede traducirse en un daño para el que, por llevar razón, presumiblemente acabará obteniéndola --periculum in mora--. Por el contrario, no puede prosperar el incidente respecto de los *arts. 11 y 15.11*, pues la falta de identidad con los anulados por el Tribunal Supremo desmonta los argumentos empleados por la CCAA de La Rioja y no puede apreciarse "prima facie" si en ellos, con su actual redacción, se daría la inicial consideración de "Ayuda de Estado" a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004.

Por su parte, el Auto de 23 de diciembre de 2005, dictado en súplica, argumenta que el actual objeto de debate en torno a las medidas cautelares pedidas por la Letrada de la *C.A. de Castilla-León se ve afectado por dos circunstancias o sucesos procesales distintos. Uno* de ellos es la reducción de los preceptos sobre los que recae, que ha quedado circunscrita a los *arts. 29.1.a) y 37* de la Norma Foral del Impuesto de Sociedades por obra del propio Auto de 7 de octubre que ahora se recurre en súplica por las administraciones e instituciones demandadas. El otro es que el incidente de ejecución de sentencia promovido en el originario proceso, RCA 3753/1996, en que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 se ha dictado, ha sido resuelto por nuestro Auto de 14 de noviembre de 2005, que hace pronunciamientos definitivos, --aunque al día de hoy no firmes--, sobre las mismas disposiciones que se impugnan en este litigio.

En particular, y por lo que se refiere al *Decreto Foral 32/2005, de 24 de mayo* de la Diputación Foral de Guipúzcoa, convalidado por Norma Foral 4/2005, de 5 de julio, el *art. 29.1.a) de la N.F.* en redacción que aparece su *artículo único, apartado tres*, ha sido declarado nulo de pleno derecho. En cambio, la nueva redacción del *art. 37* de dicha Norma Foral ha quedado al margen de las consecuencia declarativas de invalidez apreciadas en sede de la ejecución de la repetida sentencia del Tribunal Supremo.

Esta nueva situación proyecta algunos efectos y derivaciones respecto de cada una de esas dos disposiciones normativas.

En relación con el *art. 29.1.a)*, que consagra el tipo general impositivo del 32,50 por 100, la ejecución de sentencia se anticipa a este proceso, al punto de que la eventual firmeza del Auto de 14 de noviembre de 2005 vacía de contenido parcial este RCA, y, de producirse, hará imposible el enjuiciamiento, ya cautelar ya definitivo, de dicho precepto.

Ahora bien, aunque no conste dicha firmeza, la anulación por parte de dicho Auto de 14 de noviembre solo puede operar como un elemento que robustece hasta el máximo la necesidad de la medida cautelar de suspensión que sobre el mismo recae. Si se retoma la doctrina jurisprudencial que exponíamos en el Auto recurrido en torno a la apreciación de apariencia de buen derecho, se observa que el empleo limitado que de esa figura está haciendo la jurisprudencia se concentra muy específicamente en aquellos supuestos en que el acto recurrido ha sido dictado en cumplimiento o ejecución de norma declarada nula, o cuando el acto o disposición son idénticos a otros ya anulados. En tales supuestos, lo decisivo para acordar la medida cautelar de suspensión no es ya ponderar con criterios de proporcionalidad cuáles son los intereses públicos y privados afectados, ni hacer, una evaluación prospectiva y de futuro sobre la permanencia del criterio que ha llevado a anular tales disposiciones, sino que el *fumus boni iuris* en favor de quien litiga y en contra del acto de ejecución o de la disposición idéntica a la anulada en firme se sustenta por sí mismo, como factor determinante de la medida cautelar, y no precisará acreditar la concurrencia de otros elementos complementarios que, como la emergencia o surgimiento de perjuicios irreparables, están en la base natural del proceso cautelar. Se da por cierto así que la finalidad legítima del recurso quiebra si se mantiene durante él la ejecutividad de un acto o disposición que ha sido ya anulado, o que lo va a ser con la mayor de las probabilidades por ser reiteración de otros ya eliminados de la vida jurídica, y es que no puede ser de otra manera si se conjuga el principio de cosa juzgada con el de tutela judicial efectiva. En esta línea se han pronunciado constantes resoluciones del Tribunal Supremo, de las que hacemos cita ahora de la fechada el 22 de junio de 2004.

Respecto del *art. 37* de la norma Foral la situación es divergente en lo que se refiere a la novedosa incidencia del Auto de 14 de noviembre de 2005 en ejecución de sentencia del RCA 3753/96.

Decimos en dicho Auto que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, en su Fundamento Jurídico Decimoquinto, señala que: "En cualquier caso, claro está, nuestro enjuiciamiento directo ha de proyectarse sobre la redacción originaria de los preceptos impugnados. Esto es, nuestro pronunciamiento dispositivo, confirmatorio o anulatorio, ha de limitarse al contenido de los preceptos contemplado en el debate procesal, sobre el que las partes han tenido oportunidad de ejercer contradicción; sin perjuicio, claro está, de que la doctrina de esta sentencia, que sirve de base al fallo, pudiera resultar de aplicación a las posteriores modificaciones de los preceptos cuestionados".

"Significa lo anterior que las redacciones que los preceptos anulados hayan podido llegar a tener con posterioridad no quedan automáticamente afectadas por la citada sentencia sino sometidas a la suerte impugnatoria que en cada caso se haya dado, manteniendo o no su vigor, según los casos y situaciones procesales concretos. Pero supondrá también, por derivación, que no sea cometido del incidente de ejecución surgido de dicha sentencia examinar la validez de esas otras disposiciones que hayan podido sustituir a las anuladas más allá de que la coincidencia entre unas y otras resulte del contraste con la primitiva redacción, que es la exclusivamente enjuiciada. De darse redacciones diversas de otro origen, o aún actuales que muestren una desconexión suficiente, y no meramente accidental o de detalle irrelevante, con las normas anuladas desde el prisma de los criterios que configuran la "ratio decidendi" de la sentencia ejecutada, no podrá apreciarse ese elemento objetivo característico del *art. 103.4 LJCA*, de que los actos o disposiciones "sean contrarios a los pronunciamientos de las sentencias" y su enjuiciamiento quedará deferido al proceso ordinario pertinente. Todo ello sin perjuicio de que la doctrina de fondo de la sentencia se pueda incorporar en su caso, como precedente vertical o jurisprudencia; al elenco de fuentes que hayan de inspirar la solución de posteriores procesos".

Y más adelante, se analiza dicho precepto en los siguientes términos:

"-- Art. de las NN.FF del IS en redacción dada por *artículo único, apartado cuatro, del D.F. 32/2005*, de Guipúzcoa, y *artículo único, apartado cinco, del Decreto Normativo 2/2005* alavés, y *art. 2º.seis de la N.F. 7/2005* de Vizcaya, sobre "Deducción por inversiones en activos fijos materiales nuevos".

El Fundamento de Derecho Decimosexto, letra I), aludiendo aquí también a la redacción originaria, aprecia que se trata de un beneficio fiscal sin reflejo parangonable en el régimen común, siendo deducción

dotada de singularidad e importancia suficiente para que le sea aplicable el régimen comunitario de las Ayudas de Estado.

Hecha esta referencia al Auto dictado en el proceso que podríamos denominar matriz, se desprende que la suerte última de dicho precepto del *art. 37 queda confiada al resultado de un nuevo proceso como es el presente RCA 1254/2005*, no obstante lo cual procederá ahora confirmar el Auto de suspensión recurrido en súplica en lo referente a la medida cautelar que sobre el mismo pesa, a la espera de la depuración de dicha disposición desde la perspectiva de las exigencias del mercado común y de su eventual conceptualización como Ayuda de Estado, --que en modo alguno puede hoy descartarse--, lo que deberá producirse en este mismo proceso en base al fundamento que le imprime la parte recurrente, sometiéndose para ello la interpretación del Tratado CEE, de ser ello necesario y procedente, al Tribunal de Justicia de Luxemburgo, prevaleciendo en esta fase cautelar el criterio doctrinal que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 expresa.

SEGUNDO.- Dos son los motivos de casación en que se apoya el recurso: 1º) De conformidad con lo preceptuado por el *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* y dirigido a denunciar la vulneración de los *arts. 129* y siguientes del citado texto legal.

La Diputación foral recurrente puntualiza que teniendo en cuenta que por Auto de 14 de noviembre de 2005 dictado en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 se anuló el *art. 29.1 .a)* referido al tipo impositivo, el presente recurso contra el Auto de suspensión de fecha 23 de diciembre de 2005 sólo alcanza al *art. 37* referente a la deducción en inversiones en activos fijos materiales nuevos, todo ello con independencia de la suerte procesal que corra el Auto de 14 de noviembre de 2005 hasta alcanzar, en su caso, firmeza.

Hecha la anterior precisión, la Diputación recurrente pone énfasis en que estamos ante una disposición de carácter general que responde a las competencias normativas reconocidas por la *Disposición Adicional Primera* de la Constitución y por el Concierto Económico, no ante un acto administrativo, debiendo prevalecer el interés público, el cual exige el mantenimiento de la vigencia de la disposición. Sólo ante circunstancias verdaderamente excepcionales, que aquí no concurren, es posible decretar la suspensión cautelar de una disposición de carácter general citando en apoyo de su tesis el Auto de este Tribunal de 8 de octubre de 2004 .

2º) En el segundo motivo de casación, formulado también al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, se alega vulneración del *art. 130 de la misma Ley* al no haberse acreditado la concurrencia del "periculum in mora" y en este caso nos encontramos ante una petición de parte en la que no sólo no se acredita dónde radica el peligro de la vigencia de la disposición impugnada durante la tramitación del recurso sino que ni siquiera se cita dicho peligro. El Auto recurrido ha resuelto la suspensión cautelar del *art. 37* sin haber previamente ponderado la prevalencia del interés general frente a una solicitud de suspensión carente de justificación; por todo ello, el *art. 37 del Decreto Foral 32/2005* debe mantener su plena y eficaz vigencia mientras tanto se substancia el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto citado.

TERCERO.- La vigente regulación de las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo de la *Ley 29/1998*, se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el *art. 130.1, inciso segundo*, se señala que "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".

Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el *art. 130.2* se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

Desde una perspectiva procedimental la nueva Ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, el *art. 130.1.1º* exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el *art. 130.2 "in fine"*, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

De las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la *Ley 29/1998*, debemos destacar, como hace la sentencia de esta Sala de 27 de abril de 2004 (rec. num. 6491/2001), dos aspectos: En primer término, la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal

del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. Así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la *Ley 29/1998*.

La exégesis del *art. 130 de la Ley 29/1998* conduce a las siguientes conclusiones:

"a) la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Organo jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada".

Como esta Sala ha dicho en sentencia de 18 de noviembre de 2003 "la finalidad legítima del recurso es no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

CUARTO.- La Sala de instancia ha contemplado en su valoración ambos criterios: el del "*periculum in mora*" y el del "*fumus boni iuris*", llevando a cabo una adecuada contraposición de los criterios legales y jurisprudenciales esgrimidos así como una correcta ponderación de los intereses en conflicto.

Así, la Sala de esta Jurisdicción del País Vasco eligió como criterio para decidir la suspensión cautelar el de que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, exigencia que viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "*periculum in mora*", que opera como criterio decisor de la suspensión cautelar, siempre sin olvidar --como se cuida de advertir la Sala-- los intereses generales y de terceros como posible obstáculo a la adopción de la medida. No es verdad, pues, como dice la corporación recurrente, que el Tribunal de instancia no haya tenido en cuenta el interés general a la hora de resolver la suspensión del Decreto foral.

De otra parte, la apariencia de buen derecho sólo cabe considerarla como determinante de la procedencia de la suspensión -- dentro del empleo limitado que de esta figura está haciendo la jurisprudencia-- cuando, como en este caso, se impugnan unas disposiciones o preceptos idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

Partiendo de estas consideraciones, la medida cautelar solicitada fue acogida favorablemente por la Sala de esta Jurisdicción de Bilbao respecto de los *arts. 29 y 37*, toda vez que se trata de preceptos idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados por la sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, por lo que concurre una manifiesta fundamentación de ilegalidad de la disposición frente a la que se solicita la medida cautelar y, en consecuencia, el tiempo que necesariamente ha de transcurrir hasta dictar la sentencia en el proceso matriz puede traducirse en un daño para el que, pro llevar razón, debe acabar obteniéndola.

En estos casos en que la disposición recurrida es idéntica a otra ya anulada, lo decisivo para acordar la suspensión no es ponderar con criterios de proporcionalidad cuáles son los intereses públicos y privados afectados, sino que el *fumus boni iuris* en favor de quien litiga y en contra de la disposición idéntica a la anulada se sustenta por sí mismo como factor determinante de la medida cautelar, sin necesidad de acreditar la concurrencia de otros elementos complementarios como el surgimiento de perjuicios irreparables. Y es que la finalidad legítima del recurso quiebra si se mantiene durante su sustanciación la ejecutividad de la disposición que ha sido ya anulada o que lo va a ser con toda probabilidad por ser, prácticamente, reiteración de otra ya eliminada de la vida jurídica.

En estos casos de fuerte presunción de ilegalidad de la norma o precepto cuya suspensión se solicita, ésta se concede sin entrar en el análisis de si se da o no un perjuicio grave e irreparable.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exige que el perjuicio inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

QUINTO.- Las consideraciones expuestas son la respuesta que la Sala estima más adecuada en Derecho a los motivos de casación articulados por la Diputación recurrente frente al Auto de 23 de diciembre de 2005 de la Sala de esta Jurisdicción de Bilbao que confirmó en súplica la suspensión del *Decreto Foral 32/2005, de 24 de mayo, y su convalidación por la Norma Foral 4/2005, de 5 de julio*.

Pero esta Sala ha venido en conocimiento de una circunstancia que no consta en los autos del recurso de casación, a saber: que la propia Sala de instancia ha planteado cuestión prejudicial interpretativa al TJCE sobre si las medidas tributarias adoptadas a las que se refiere la suspensión son contrarias al Tratado de la Unión Europea, por causa de ser susceptibles de calificarse como ayudas del *art. 87-1* y haberse promulgado sin cumplimiento del deber de comunicación previa a la Comisión dispuesta por el *art. 88.3* y la jurisprudencia comunitaria, todo ello ante la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de septiembre de 2006, asunto C88/03, que, ante una medida consistente en la reducción de los tipos de impositivos en las Azores, establece los criterios que deben inspirar el análisis de las ayudas de Estado cuando se aplican a entidades territoriales dotadas de autonomía política y fiscal con respecto al poder central de los Estados, exigiendo, para que ello no sea así, que concurren tres condiciones: "en primer lugar, que sea obra de una autoridad regional o local que, desde el punto de vista constitucional, cuente con un estatuto político y administrativo distinto del Gobierno Central. (Autonomía institucional). Además debe haber sido adoptada sin que el Gobierno Central haya podido intervenir directamente en su contenido (autonomía procedimental). Por último, las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo nacional aplicable a las empresas localizadas en la región no deben verse compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno Central (autonomía económica)".

En esta situación, ante las dudas que tiene el Tribunal de instancia, a la hora de resolver el fondo, sobre si la norma Foral impugnada es o no conforme a las exigencias del Derecho Comunitario Europeo no resulta procedente la adopción de la medida cautelar hasta la resolución de la cuestión de fondo suscitada.

SEXTO.- Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación interpuesto y anular las resoluciones impugnadas, acordando, en su lugar, no acceder a la medida cautelar solicitada por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sin que se aprecien circunstancias determinantes de una condena en costas en la instancia, ni en las causadas en este recurso.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Guipúzcoa contra el Auto de 23 de diciembre de 2005 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior Justicia del País Vasco en la pieza cautelar del recurso num. 1254/05.

SEGUNDO.- No acceder a la medida cautelar solicitada por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en lo que se refiere a los *arts. 29.1.a)* y *37* de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades en al redacción dada por el *Decreto Foral de Guipúzcoa 32/2005, de 24 de mayo*, convalidado por la Norma Foral de las Juntas Generales de dicho Territorio *4/2005, de 5 de julio*.

TERCERO.- No hacer expresa imposición de costas en la instancia ni en las causadas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Juan Gonzalo Martínez Micó.- Emilio Frías Ponce.- Manuel Martín Timón.- PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico. T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Contencioso-Administrativo _____

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:22/02/2008

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MANUEL VICENTE GARZÓN HERRERO A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 653/06

Me remito a lo expresado en mi voto particular formulado en el Recurso de Casación número 854/06 por resolverse ahora una problemática idéntica a la que fue decidida en aquél.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.