

Roj: STS 2405/2008
Id Cendoj: 28079130022008100269
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 501/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: EMILIO FRIAS PONCE
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x REGÍMENES FINANCIEROS FORALES x
- x PAÍS VASCO x
- x INCONGRUENCIA OMISIVA x
- x CIUDADANOS DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO x
- x APARIENCIA DE BUEN DERECHO x
- x CUESTIONES PREJUDICIALES x
- x VOTO PARTICULAR x

Resumen:

Normas forales tributarias. Incongruencia omisiva. Legislación comunitaria. Fumus bonis iuris.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil ocho.

Vistos por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo los recursos de casación interpuestos por la Diputación Foral de Vizcaya y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, contra el Auto de 14 de Junio de 2006, confirmado en súplica por el de 27 de Noviembre de 2006, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo nº 65/06, promovido por la Comunidad Autónoma de La Rioja, contra el *Decreto Foral Normativo 1/2005, de 30 de Diciembre*, de la Diputación Foral de Vizcaya, por el que se modifica la Norma Foral 3/1996, de 26 de Junio, del Impuesto sobre Sociedades.

Ha sido parte recurrida la Comunidad Autónoma de La Rioja.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo núm. 65/2006, interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja, contra el *Decreto Foral 1/2005, de 30 de Diciembre*, de la Diputación Foral de Vizcaya, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 14 de Junio de 2006, dictó Auto con la siguiente parte dispositiva "suspender cautelarmente a instancia de la representación procesal de la Comunidad Autónoma de La Rioja el *artículo único del Decreto Foral Normativo 1/2005, de 30 de Diciembre*, de la Diputación Foral de Bizkaia, sin hacer especial imposición de costas".

Dicho artículo daba nueva redacción al *artículo 29.1.a)*, de la *Norma Foral 3/1996, de 26 de Junio*, sobre el Impuesto sobre Sociedades, estableciendo como tipo general el 32#6 por 100 para el ejercicio 2005, justificando la Sala su decisión en la apariencia de buen derecho, que era predicable a favor de quien litiga en contra de una disposición sustancialmente idéntica a otra anulada en sentencia firme.

SEGUNDO.- Contra el referido Auto, la Diputación Foral de Vizcaya, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao y las Juntas Generales de Vizcaya interpusieron recursos de súplica, que

fueron desestimados por Auto de la misma Sala de 27 de Noviembre de 2006 .

TERCERO.- La Diputación Foral de Vizcaya, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao y las Juntas Generales de Vizcaya prepararon recurso de casación contra los Autos dictados en la pieza separada de medidas cautelares, formalizándolo, luego, ante la Sala, sólo las dos primeras, con la súplica de que se declare haber lugar al recurso, anulando la resolución impugnada, y dictando otra en su lugar por la que desestime la solicitud de medidas cautelares presentada por la Comunidad Autónoma de La Rioja.

En un otrosí interesó, para el caso de que se entendiese que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había actuado correctamente al decretar la suspensión cautelar de las *disposiciones del DNF 12/05* , al apreciar una eventual infracción de procedimiento establecido en el Derecho comunitario, que, antes de confirmar la resolución recurrida, proceda a abrir el mecanismo de cooperación judicial con el TJCE, al objeto de poder exponer y hacer valer ante el TJCE los derechos que entienda le asisten en esta litis.

CUARTO.- Conferido traslado a la Comunidad Autónoma de La Rioja para que formalizase el escrito de oposición a los recursos interpuestos, interesó la desestimación de los mismos.

QUINTO.- Señalada, para votación y fallo, la audiencia del día 29 de Abril de 2008 , tuvo lugar en esa fecha la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Diputación Foral de Vizcaya y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, en el primer motivo de casación, articulado al amparo del *art. 88.1 c) de la Ley Jurisdiccional* , invocan la infracción de la obligación de motivación que rige los actos y garantías procesales, al incurrir los Autos impugnados en incongruencia omisiva, al no haber dado respuesta a la alegación jurídica expuesta en la oposición a la medida cautelar, relativa "a que no existe disposición del Derecho Comunitario (o sentencia interpretativa del TJCE) que permita aplicar, correctamente, el citado Derecho a aparentes o indiciarias "ayudas de Estado" (como erróneamente argumentaba la Comunidad peticionaria de la medida cautelar) mediante la construcción de una presunción relativa a la existencia de una infracción de procedimiento de Derecho comunitario (una hipotética obligación de notificación a la Comisión europea -*art. 88.3. TCE- de las medidas fiscales suspendidas del Decreto Foral Normativo 1/2005* ".

El motivo no puede prosperar.

En primer lugar, hay que significar que la Comunidad Autónoma que interpuso el recurso contencioso-administrativo no se basó, al solicitar la suspensión, en la vulneración del procedimiento legalmente previsto para adoptar ayudas de Estado, sino en la doctrina de la apariencia del buen derecho, en cuanto el nuevo Decreto Foral Normativo impugnado contradecía la sentencia de esta Sala de 9 de Diciembre de 2004 , al establecer un tipo del 32#6%, que era prácticamente el tipo anulado con la ligerísima variación de una sola décima, por lo que se advertía la misma infracción que determinó el pronunciamiento judicial anulatorio del Tribunal Supremo.

Asimismo, debe recordarse que esta Sala no entró en la referida sentencia en el tema de si las medidas fiscales impugnadas eran o no ayudas de Estado, al limitarse a señalar que determinadas disposiciones suponían medidas "que indiciariamente pueden constituir Ayudas de Estado", sin que se hubiera cumplido el trámite de dar cuenta a la Comisión.

Por otra parte, hay que reconocer que el Tribunal de instancia, al resolver la súplica, vino a dar respuesta a la cuestión planteada por los recurrentes, al razonar que la doctrina del "fumus" se aplica "no desde un prejuicio propio de fondo de esta Sala sobre la mayor o menor acomodación al derecho comunitario de la pretensión de la parte recurrente, que es algo sobre lo que no nos hemos podido pronunciar hasta la fecha, sino desde la verificación automática de una previa eliminación jurisdiccional firme, por obra de la sentencia de 9 de diciembre de 2004 , de disposiciones idénticas o de total aproximación regulatoria a las ahora puestas en vigor".

SEGUNDO.- No mejor suerte han de correr los motivos segundo y tercero que formulan los recurrentes, en los que se denuncia la infracción de los *artículos 10, 87 y 88* del Tratado de la Unión Europea, por haber cometido el Tribunal de Instancia un error de Derecho al apreciar, a la luz del Derecho

Comunitario "una apariencia de buen derecho" en el solicitante de las medidas cautelares, no obstante presentar como único argumento que los beneficios fiscales podían ser susceptibles de ser inicialmente consideradas ayudas de Estado a efectos del *art. 87* del Tratado.

A juicio de los recurrentes, con arreglo al Derecho Comunitario, sólo es exigible la previa notificación a la Comisión Europea respecto de medidas internas calificadas definitivamente, sin ninguna duda, de ayudas de Estado.

Sin embargo, y puesto que los Autos impugnados no basan su decisión en una interpretación determinada de la normativa comunitaria, sino en la práctica repetición de una disposición general ya anulada en firme, estos motivos no pueden ser acogidos, sin perjuicio de lo que se decida al resolver el fondo del asunto, debiendo predicarse lo mismo respecto del motivo cuarto de casación, en el que se alega la infracción de la jurisprudencia que permitiría adoptar eventuales medidas cautelares ante disposiciones generales, por su íntima relación con los anteriores.

TERCERO.- En cambio, procede acoger los motivos que aducen los recurrentes sobre la infracción del *artículo 130 de la Ley Jurisdiccional*, pues aunque el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, acogiéndose al principio de la apariencia de buen derecho, se basó en los pronunciamientos anulatorios de esta Sala sobre Normas Forales Vascas, ha de reconocerse que la propia Sala de instancia ha decidido plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas diversas cuestiones prejudiciales interpretativas sobre si las medidas tributarias adoptadas por las Instituciones competentes de los Territorios Históricos, respecto del Impuesto sobre Sociedades, en cuanto establecen tipos impositivos inferiores al general de la Ley del Estado y unas deducciones de la cuota que no existen en el ordenamiento jurídico tributario estatal, han de considerarse selectivas según la noción de ayuda de Estado del *art. 87.1* del Tratado y han de notificarse por ello a la Comisión en los términos del *art. 88.3* del mismo. En esta situación, la apariencia de buen derecho inicialmente apreciada se debilita, debiendo mantenerse por ello la vigencia de disposición general impugnada, sin perjuicio de lo que decida el TJCE.

CUARTO.- Por lo expuesto, procede estimar los recursos de casación interpuestos y anular las resoluciones impugnadas, acordando, en su lugar, la improcedencia de la petición suspensión formulada por la Comunidad Autónoma de La Rioja, sin que se aprecien circunstancias determinantes de una condena en costas en la instancia, ni en las causadas en este recurso.

En su virtud, 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 los recursos de casación interpuestos por la Diputación Foral de Vizcaya y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao contra el Auto de 14 de Junio de 2006, confirmado en súplica por otro posterior de 27 de Noviembre de 2006, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictado en la pieza cautelar del recurso 65/2006, Autos que se casan y anulan.

SEGUNDO.- No acceder a la medida cautelar solicitada por la Comunidad Autónoma de La Rioja en el recurso contencioso- administrativo nº 65/2006.

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

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .
Rafael Fernández Montalvo Manuel Garzón Herrero Juan Gonzalo Martínez Micó Emilio Frías Ponce Manuel Martín Timón Angel Aguillo Avilés

Voto Particular

VOTO PARTICULAR DEL EXCMO SR. D. MANUEL GARZÓN HERRERO FRENTE A LA SENTENCIA DE ESTA SALA RECAIDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 501/2007 DEJANDO SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DE LAS NORMAS IMPUGNADAS EN EL RECURSO 65/2006 DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE BILBAO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

Sin perjuicio de reiterar todas las argumentaciones de mi voto particular de 12 de Julio de 2007

recaído en el Recurso de Casación número 854/2006 y muy especialmente las referidas a que lo que aquí está en juego es "el cauce procedimental que deben seguir las medidas susceptibles de ser consideradas como Ayudas de Estado y el control preventivo que sobre ellas los Tratados otorgan a la Comisión", (con las adaptaciones que las específicas circunstancias de esta pieza exigen, pero sin modificar el eje de mi razonamiento) quiero hacer dos reflexiones adicionales a la vista de la reiteración de normas indisimuladamente contrarias a nuestra sentencia de 9 de Diciembre de 2004 .

La primera de ellas es que resulta preocupante el desconocimiento clamoroso de que hacen gala los órganos que han dictado las resoluciones impugnadas sobre el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales.

En segundo término, y derivado de lo anterior, la peculiar concepción que demuestran esos órganos de la lealtad constitucional entre los poderes del Estado, dictando resoluciones que son, en realidad, una "desobediencia disimulada" en palabras del T.C. sentencia 167/87 (indisimulada, en este caso), de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2004 .

Estas dos reflexiones cuando se proyectan sobre la cuestión debatida (suspensión de los actos impugnados) exigen, en mi opinión, la suspensión de los mismos. Parece evidente que el desconocimiento del deber de cumplir las resoluciones judiciales, y, la "peculiar" concepción de la lealtad constitucional que los actos impugnados demuestran deben ser firmemente repudiados, manteniendo la suspensión ya acordada, y no premiados, que es lo que hace la sentencia mayoritaria, al acceder a la suspensión, en consideración al vacío normativo que si se decreta la suspensión se produce.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, junto con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. EMILIO FRÍAS PONCE, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.