



SENTENCIA Nº 348 /2023
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN Nº 0948/2022

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADA/O

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 8 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 0948/222, interpuesto por la Letrada Sra. Cuenca Morón, en nombre y defensa de [REDACTED] contra el auto nº 505/2021, de 13 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de MÁLAGA, pieza medidas cautelares 421.1/20, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y asistido por Letrada de su Asesoría Jurídica.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de Málaga dictó el auto en el encabezamiento reseñada estima las medidas cautelares pedidas por el ahora apelante condicionada a la presentación de caución.

SEGUNDO.- Contra el referido auto es interpuesto y sustanciado recurso de apelación a 10/01/22, exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir resolución que, revocando el Auto dictado por este Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, acuerde dejar sin efecto la obligación de prestar caución por la cantidad adeudada, más intereses y recargos, manteniendo el resto de pronunciamientos.

TERCERO.- La parte apelada presentó escrito 1/02/22 exponiendo cuanto tiene por





oportuno para pedir que en su día, dicte Resolución por la que desestime el recurso de apelación interpuesto de contrario y confirme el Auto no 505/2021, de 13 de diciembre, recaído en Pieza de Medida Cautelar 421.1/2020, dimanante del P. Abreviado no 421/2020, por ser conforme a derecho.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones ni prueba, se señaló para votación y fallo, que ha tenido lugar hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de Málaga dictó el auto nº 505/2021, de 13 de diciembre, pieza medidas cautelares 421.1/20, que acuerda *ESTIMAR la solicitud y en su consecuencia, la adopción de la siguiente medida cautelar: la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada siempre que la actora preste caución por la cantidad adeudada más intereses y recargos en el plazo de quince días desde la notificación de la presente resolución extendiéndose los efectos del aval prestado a la presente vía contencioso administrativa, siempre que permanezca vigente y eficaz la caución.*

La resolución objeto de recurso en los autos principales es del Jurado Tributario del Ayuntamiento de Málaga, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra Diligencia de Embargo de Bienes Inmuebles y Diligencia de Embargo de Cuentas Corrientes, dictadas en los Procedimientos de Apremio no 5.432.975 y 5.515.557, dimanantes del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

SEGUNDO.- La parte apelante alega, en síntesis:

- Quisiéramos, en primer lugar, agradecer el acuerdo adoptado por este Tribunal estimando la solicitud planteada en nuestro recurso contencioso-administrativo y que, en consecuencia, suspende la ejecutividad de la resolución impugnada. No obstante, y en cuanto a la contramedida exigida de prestar caución por la cantidad adeudada, más intereses y recargos extendiéndose los efectos del aval prestado a la presente vía contencioso administrativa, siempre que permanezca vigente y eficaz la Caución, entendemos que carece de sentido, dado el objeto del presente recurso (impugnación de la resolución de fecha 23 de julio de 2020 del Jurado Tributario, que desestima la reclamación económico-administrativa interpuesta contra la Diligencia de embargo de bienes inmuebles no 487/2016 y Diligencia de embargo de cuentas corrientes no [REDACTED] dictadas en los procedimientos de apremio no 5.432.975 y 5.515.557, seguidos por falta de pago en periodo voluntario de las liquidaciones no 2.224.181 y 2.255.895, correspondientes al Impuesto sobre el incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana), el cual habrá de ser ponderado de conformidad con la reciente sentencia del





Tribunal Constitucional 182/2021, de 26 de octubre.

Como es bien conocido, dada la repercusión de la citada sentencia, ésta implica la derogación del impuesto al declarar nulos los artículos que establecían el sistema del cálculo, que, según el TC, vulneraba el principio de capacidad económica recogido en el artículo 31.1 de la CE.

Ya en pronunciamientos anteriores (sentencias 59/2017 de 11 de mayo y 126/2019 de 31 de octubre), el Alto Tribunal instaba al legislador a reformar el impuesto, indicando que la cuota a satisfacer no podía gravar situaciones de pérdida patrimonial o establecer cuotas que superasen el incremento patrimonial producido.

La Sentencia, al declarar la nulidad, dejaba un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impedía la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad. Es decir, que el tributo es inaplicable en la práctica, no pudiendo considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas aquellas obligaciones tributarias que hayan devenido firmes, deviniendo consolidadas las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse la sentencia. Así, no se tendrá en cuenta la fecha de publicación de la sentencia, sino la fecha en la que se dictó, es decir el 26 de octubre.

No obstante, el Gobierno aprobó quince días después de dictarse la sentencia el Real Decreto ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adaptaba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales a esta jurisprudencia, y que entró en vigor el pasado 10 de noviembre.

- La nueva normativa no tiene efectos retroactivos, tal y como establece la Disposición Final Tercera del Real Decreto-Ley: "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado."

Por tanto, la nueva normativa y la nueva forma de cálculo de la plusvalía municipal no es posible aplicarla a ventas de viviendas o herencias de viviendas realizadas antes de su entrada en vigor. Por tanto, la nueva forma de cálculo se aplicará sólo a transmisiones de inmuebles hechas tras la entrada en vigor del cambio normativo.

Los artículos 107.1, 107.2.a), y 107.4 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales han sido expulsados del ordenamiento jurídico, y declarados inconstitucionales y nulos. Y los efectos de dicha expulsión ya se han producido, por la publicación en el BOE de la sentencia.

Y son "ex tunc", es decir, desde siempre. Por ello, no podrá aplicarse dicha normativa inconstitucional, para exigir el impuesto a transmisiones anteriores, como es el caso que nos ocupa. Dicho de otro modo, mediante este término se trata de explicar, con variadas construcciones dogmáticas, la obligación ineludible que, también, y a partir de la fecha de publicación de la sentencia, recae sobre los jueces y tribunales en el sentido de resolver todos los juicios pendientes en los que puedan tener conocimiento de la Ley inconstitucional considerando que la misma ha carecido de eficacia jurídica en forma originaria.

Es por ello, por lo que entendemos un sinsentido, dicho con todos los respetos y en estrictos términos de defensa, que la exigencia de caución por la cantidad adeudada más intereses y recargos, carece de toda lógica, dada la naturaleza de la controversia sometida a control jurisdiccional y al daño patrimonial que la misma comporta, tratándose





del depósito de una cantidad de dinero que en este momento es irrealizable.

TERCERO.- La parte apelada opone:

- Son diligencias de Embargo las que constituyen el objeto del proceso, y es respecto de ellas que se ha dictado el Auto recurrido, que acuerda estimar la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos impugnados, en el que lógicamente, de acuerdo con la normativa de aplicación, el artículo 133 de la LJCA, se establece la procedencia de prestar caución por la cantidad adeudada, más los intereses y recargos, lo cual es plenamente conforme a derecho.

Los argumentos vertidos por la parte actora en el recurso de apelación nada tienen que ver con los actos administrativos objeto del proceso judicial – vía de apremio- y no razonan sobre la eventual contradicción que pudiera existir entre el Auto dictado, que estima la medida cautelar de suspensión con la prestación de caución, con la normativa aplicable al caso, establecida en el artículo 133 de la LJCA, con el que evidentemente no entra en contradicción alguna la resolución impugnada, siendo plenamente conforme a derecho la exigencia de caución.

CUARTO.- El auto impugnado, tras exponer la normativa que estima aplicables, en cuanto es objeto de apelación, contiene la siguiente fundamentación:

“CUARTO.- En cuanto a la posible exigencia de contramedidas o caución, a las que se refiere el artículo 133 L.J.C.A., se estima con base en los razonamientos anteriores, que para llevar a efecto la medida cautelar de suspensión de la actuación recurrida la parte recurrente deberá prestar caución por la cantidad adeudada, y que no consta con claridad en las actuaciones, más intereses y recargos extendiéndose los efectos del aval prestado a la presente vía contencioso administrativa, siempre que permanezca vigente y eficaz la caución....”

QUINTO.- La parte recurrente estima que en el auto impugnado hay un error en la valoración de las pruebas, al no tener en cuenta los informes aportados con la demanda.

La jurisprudencia insiste una y otra vez en que la valoración de la prueba corresponde a los órganos de instancia, que en virtud del principio de inmediación que rige dicha actividad son los que están en mejores condiciones para realizarla. De ahí que la errónea valoración de la prueba nunca haya sido un motivo casacional y tampoco lo es de apelación. No obstante ello, como puntualiza esa misma jurisprudencia, siguiendo los criterios del Tribunal Constitucional, cuando los Tribunales realizan una valoración arbitraria, ilógica o que conduce a resultados inverosímiles, puede hacerse valer su revisión en casación por la vía de la vulneración del artículo 24 CE, en cuanto que una valoración con tan graves defectos no es que afecte, en sí misma, a las reglas de valoración, sino al mismo derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el mencionado precepto.

hora bien, como explican, entre otras, las sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 2013 (RC 5382/2010), 16 de marzo de 2015 (RC 923/2013) y 18 de mayo de 2016 (RC 1763/2015), esas excepciones, como tales, tienen carácter restrictivo, por lo que no basta





su mera invocación, seguida de la simple alegación de que la valoración de la prueba por la Sala a quo es ilógica o arbitraria, para franquear su examen en segunda instancia o casación, al contrario, partiendo de la base de que la apreciación del Tribunal o juzgado de instancia queda excluida del análisis casacional, la revisión de esa valoración en casación únicamente procederá cuando la irracionalidad o arbitrariedad de la Sala de instancia se revele patente o manifiesta, siendo carga de la parte recurrente aportar los datos y razones que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que así efectivamente ha sido.

SEXTO.- Tratándose de medidas cautelares contra resoluciones tributarias, bajo la aplicación tanto la Ley General Tributaria, como de Ley Jurisdiccional tenemos que estar a la normativa de ésta, según la Jurisprudencia.

El art. 130 de la LJCA permite la adopción de la medida cautelar cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder la finalidad legítima al recurso, procediendo su denegación cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Además la adopción de medidas cautelares contempladas en los artículos 129 y s.s LJCA , que se realiza previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto; mas ello lo será cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Por otra parte, la lectura del artículo 233.1 y 8 de la Ley 58/2003, LGT , pone de manifiesto que el automatismo de la suspensión mediante la aportación de garantía suficiente de la deuda tributaria y sin garantía de la sanción, cesa cuando estos actos causan estado en vía administrativa y hasta que el órgano jurisdiccional, ante quien se interpone el correspondiente recurso contencioso-administrativo y se solicita la medida cautelar, se pronuncia sobre este extremo.

Como afirma la STS de 16 de enero de 2012 (casación 2303/11 , Fj 2), el marco normativo expuesto es " *el único régimen jurídico aplicable y al que debe someterse el tribunal al que le piden, como medida cautelar, la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo, sancionador o no* ". Así es ratificado en STS 27 marzo 2013, rec 5708/11 y 7 marzo 2013, rec 1654/12.

Así la STS de 7 de marzo de 2005 , tras las dudas suscitaron a raíz de la publicación de la ley 1/1998 de Derechos y Garantías del Contribuyente, ha sostenido la necesidad valorar, en cada caso, los intereses en conflicto para acceder o no la medida cautelar instada; y cuando existieran perjuicios para los interés generales habrá que exigir de la cautela suficiente (criterio reiterado entre otras ST5s 197-12, casación 5424/11 y 27-2-13, casación 508/11. FFJJ 3º y 42). En la misma línea, ha rechazado la suspensión de la sanción sin garantía a no ser que las circunstancias del supuesto, analizadas por el órgano jurisdiccional, así lo aconsejaron (entre otras STSs 2-2-12, casación 2845/11 y 26-3-13, casación 5708/11, FFJJ 42).

La doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (V. gr., ATS n º 85/2019, del 11 de julio de 2019, Recurso: 119/2019, o ATS n º 1822/2021, del 18 de febrero de 2021, Recurso: 19/2021, o ATS n º 4451/2021, del 08 de abril de 2021, Recurso: 81/2021)





recalca que en correspondencia con la amplitud de ámbito de las medidas cautelares, la Ley 29/1998 lleva a cabo, igualmente, una ampliación de las contracautelas compensatorias de las anteriores, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose, además, que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

Señala la STS de 11 de mayo de 2007, RJ. 4870, que *si bien es cierto que el artículo 133 LJCA utiliza la expresión "podrán" para la adopción de las contracautelas o garantías, es doctrina jurisprudencial consolidada que no se trata de una facultad discrecional para adoptar éstas, sino que deberán imponerse o exigirse cuando de la medida cautelar se pudiesen derivar perjuicios de cualquier naturaleza para el interés general o para terceros*. En el mismo sentido pone de manifiesto la STS 25 mayo 2007, recurso 10777/2004, que es doctrina jurisprudencial consolidada que la adopción de estas contracautelas o garantías no constituye una facultad discrecional, lo cierto es que la adopción de las mismas tampoco es consecuencia derivada, con carácter automático o imperativo, de la estimación de una pretensión de justicia cautelar, al resultar sin género de dudas del tenor literal del precepto transcrito que aquellas deberán exigirse o imponerse cuando se constate en el caso concreto que de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, siendo supuesto paradigmático el riesgo de posible insolvencia de los afectados por el acto administrativo impugnado tratándose de resoluciones sancionadoras [por todas STS 21 junio 2006 (recurso 8530/2003)] o, en general, de actos que tengan un contenido económico o pecuniario.

En definitiva el auto apelado se atiene a la jurisprudencia existente, sin que sea la pieza de medidas cautelares el momento procesal para solventar cuestiones de fondo como las planeadas por la parte apelante..

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso de apelación determina que proceda la imposición de costas, dada la ausencia de oposición en instancia, a la parte apelante, (art. 139.2 y 3 Ley 29/98).

FALLAMOS

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

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de [REDACTED] contra el auto nº 505/2021, de 13 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de MÁLAGA, pieza medidas cautelares 421.1/20.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas esta segunda instancia a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

7

del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados/a Ilmos/a. Sres/a. al encabezamiento reseñados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



