



Roj: **STS 3639/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3639**

Id Cendoj: **28079130052019100285**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **14/11/2019**

Nº de Recurso: **277/2018**

Nº de Resolución: **1587/2019**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **CESAR TOLOSA TRIBIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 1.587/2019**

Fecha de sentencia: 14/11/2019

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 277/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 277/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 1587/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

Dª. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 14 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo número 277/2018, formulado por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto, en representación de Doña Graciela, bajo la dirección letrada de D. Pedro Hernández García, contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en reunión celebrada el trece de abril de dos mil dieciocho, que resuelve desestimar la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador (Ref. HA/A/000163/2017), formulada por la recurrente; habiendo sido parte recurrida la Administración General del Estado, debidamente representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** La representación procesal de Doña Graciela presentó, ante esta Sala tercera del Tribunal Supremo, escrito iniciador de recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el trece de abril de dos mil dieciocho, que resuelve <<Desestimar la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador>>, con sustento en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013.

**SEGUNDO:** Admitido a trámite el recurso y, tras recibir el expediente administrativo, se concedió plazo para deducir demanda.

La recurrente solicitaba se <<dicte sentencia por la que, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo, se declare la disconformidad a **derecho** de la Resolución recurrida y consecuentemente su plena nulidad; con imposición de costas a la parte demandada [...]>>; defendiendo que << La nulidad de la resolución resulta, como se ha adelantado, del hecho de que la normativa fiscal ...:

i) Vulnera los principios de libre circulación de personas y **libertad** de establecimiento.

ii) Vulnera el principio de libre circulación de capitales.>>

Menciona determinadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para insistir, además, que la resolución impugnada:

<<-priva a [la recurrente] del disfrute de los **derechos** a la libre circulación de personas, **libertad** de establecimiento y libre circulación de capitales, creándole un perjuicio al negarle la aplicación de la exención de la ganancia patrimonial en la transmisión de la vivienda existiendo reinversión.

- son numerosas las sentencias que hemos venido citando que denotan el carácter manifiesto y grave de la violación incurrida, siendo especialmente significativo que ante la violación manifiesta y grave del **derecho** a la libre circulación de personas en que incurría la negación de la aplicación de la exención por reinversión en vivienda habitual, se modificara la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes con efecto 1 de enero de 2015.

- el daño de carácter económico sufrido [...], al negarle la aplicación de la exención por reinversión en vivienda habitual deriva de la aplicación de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes que como veíamos es contraria al **Derecho** de la Unión Europea.

- Existencia de una lesión evaluable económicamente e individualizada, [...] la lesión deriva de las liquidaciones practicadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por el Impuesto sobre la Renta de no residentes, a mi representada, negando la aplicación de la exención de la ganancia patrimonial en la transmisión de la vivienda, existiendo reinversión. [...]>>

**TERCERO:** Por su parte, la Administración del Estado recurrida solicitaba, en su escrito de contestación que se <<desestime íntegramente la demanda, confirmando el acto recurrido [...]>>, porque, además de otros motivos, considera que <<La solicitud de la reclamación de responsabilidad patrimonial se hizo el 16 de octubre de 2014. Sin embargo, en la fecha de solicitud de la responsabilidad patrimonial no existía perjuicio ni daño. Toda vez que no es hasta la firmeza de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra la liquidación girada por la LIRNR cuando se produciría el supuesto perjuicio.>>

**CUARTO:** Fijada la cuantía, y no habiéndose solicitado trámite final de conclusiones, se señaló para la deliberación, votación y fallo de este recurso, el trece de noviembre de dos mil diecinueve, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales esenciales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO:** Se interpone el presente recurso contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en reunión celebrada el trece de abril de dos mil dieciocho, que resuelve desestimar la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador (Ref. HA/A/000163/2017), formulada por la recurrente.

La citada resolución administrativa parte de los siguientes antecedentes:

<<1.- Mediante sendos escritos presentados el 16 de octubre de 2014, en la sede electrónica de la Agencia Tributaria, y con un contenido sustancialmente idéntico, a salvo las particularidades identificativas correspondientes, los cónyuges D. Fernando y D.a Graciela, de nacionalidad española, bajo la representación de D. Ignacio Arias Sancristóbal, formularon "reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración", instando el abono de una indemnización que no concretan, alegando lo siguiente:

-Que el 30 de abril de 2007 trasladaron su residencia a Suiza.

-Que, como consecuencia de este traslado, procedieron a transmitir, el 27 de junio de 2007, varios inmuebles, todos ellos sitos en el número NUM000 de la CALLE000, de Madrid, algunos de los cuales habían constituido, hasta ese momento, su vivienda habitual. La venta fue simultánea a la compra de una nueva vivienda, que pasó a constituir su residencia habitual en Suiza.

-Que con fecha de 30 de junio de 2008, presentaron la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) del ejercicio 2007, optando por la modalidad de declaración conjunta. En dicha declaración se incluyeron las ganancias patrimoniales generadas por la transmisión de la vivienda habitual, al no aplicar la exención por reinversión. El resultado de la declaración fue de 133.900 euros a ingresar. "tras diversas vicisitudes", les fueron practicadas liquidaciones por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR), al entender la Administración Tributaria no aplicable a los sujetos pasivos en cuestión la exención por reinversión de vivienda habitual.

-Que el perjuicio económico sufrido deriva de que la Administración tributaria le ha practicado liquidaciones correspondientes al IRNR por las ganancias patrimoniales provenientes de la transmisión de la vivienda habitual sin que se le reconozca el **derecho** a la exención por reinversión en vivienda habitual, cosa que sí ocurre con los residentes, lo que supone, según su criterio, la no adecuación del **Derecho** nacional al de la Unión Europea. Y a estos efectos invocan la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( TJUE) de 17 de octubre de 2013, asunto C-181/12, Yvon Welter argumentando, que las consideraciones hechas en la misma relativas al Impuesto sobre Sucesiones son trasladables al IRNR.>>

**SEGUNDO:** En cuanto al fondo, la resolución recurrida expone que:

<<Entrando en el examen de la cuestión de fondo suscitada, hay que establecer, en primer término, que, como razona el informe de la Dirección General de Tributos de fecha 19 de febrero de 2015 -emitido sobre la reclamación formulada por su cónyuge, el Sr. Fernando, y al que se remite expresamente el emitido, con fecha 22 de mayo de 2017, sobre la reclamación formulada por la interesada, como se ha expuesto en el antecedente 6 del presente Acuerdo-, "en relación con la exención establecida en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes [...] ">>

A continuación, señala que:

<<En cambio, en la presente solicitud de responsabilidad patrimonial se señala la infracción del **Derecho** comunitario derivada de la actuación administrativa española, que niega la aplicación de la exención de la ganancia patrimonial puesta de manifiesto en la transmisión de la vivienda habitual que se recoge en el artículo 38 de la LIRPF.

Las condiciones para que pueda reconocerse esta exención se desarrollan en el artículo 41 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (BOE de 31 de marzo), en el que se señalan las condiciones en las que debe realizarse la reinversión de la ganancia obtenida en una nueva vivienda, mientras que el artículo 54 define el concepto de vivienda habitual.

Pues bien, el hecho de que los no residentes puedan soportar en el supuesto de transmisión de la vivienda habitual que poseyeran en España una carga fiscal superior al residente, puede disuadir a quien reside en España de cambiar su residencia a otro Estado miembro, y esto vendría, en su caso, a infringir el principio de libre circulación de las personas que consagra el TFUE>>.

La Resolución concluye:

<<De este modo, hay que concluir, siguiendo este informe, que "la solicitud planteada no puede ser estimada por cuanto que falta el presupuesto previo de que la norma origen de los actos administrativos presuntamente dañosa haya sido declarada inconstitucional o que viole la normativa comunitaria. Precisamente, hasta que



tal declaración no se produce existe el deber jurídico de ajustarse a su contenido. En tal sentido, lo que se está pidiendo es que el Consejo de Ministros (la Administración en definitiva) derogue de facto la normativa nacional, sin que tenga competencia para ello".

Así lo concluye, por lo demás, el Consejo de Estado en el dictamen anteriormente aludido (dictamen n.º 169/2016/54512015, de 7 de abril de 2016, emitido sobre la reclamación formulada por el cónyuge de la reclamante, idéntica a la presente, como se ha dicho):

"La reclamación presentada sostiene que las consideraciones hechas en la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-181/12, Yvon Welte, a propósito del Impuesto de Sucesiones son trasladables al Impuesto sobre la Renta de no Residentes y, por tanto, al presente supuesto. Sin embargo, del análisis de la misma no puede sino concluirse que dichas consideraciones no son aplicables ni trasladables al presente supuesto por los siguientes motivos:

-Primero, la sentencia invocada no se refiere al Impuesto sobre la Renta de no Residentes ni al **derecho** a la exención de ganancias por reinversión en vivienda habitual sino al Impuesto de Sucesiones. Por tanto, no existe identidad de supuestos entre lo examinado por el TJUE y la cuestión ahora suscitada,

-Segundo, tampoco existe identidad entre las **libertades** que se ven afectadas en el supuesto al que se refiere la STJUE y el presente. En la citada sentencia Yvon Welte, el TJUE realiza el examen desde la óptica de la libre circulación de capitales, ya que de reiterada jurisprudencia se desprende que las sucesiones, que consisten en la transmisión a una o varias personas del caudal relicto del causante, constituyen movimientos de capitales en sentido del artículo 63 del TFUE, salvo en los casos en que todos los bienes a que se refieran se encuentren situados en el interior de un solo Estado miembro. En este sentido, debe recordarse que la libre circulación de capitales es la única de las **libertades** del TFUE que se extiende a los países terceros, como es Suiza, país del que es residente D. Fernando. En cambio, en la presente solicitud, como destaca el informe de la DGT, el hecho de que los no residentes soporten en el supuesto de transmisión de la vivienda habitual que poseyeran en España una carga fiscal superior al residente (como consecuencia de no poder aplicar la exención por reinversión en vivienda habitual) puede afectar al principio de libre circulación de las personas que consagra el TFUE pero no al principio de **libertad** de capitales; es decir, puede disuadir a quien reside en España de cambiar de residencia a otro Estado miembro. Dicho esto, debe recordarse que la libre circulación de personas se limita al ámbito de la UE, del que no forma parte Suiza, por lo que resulta inaplicable a este país.

A la vista de lo anterior, lo que el Sr. Fernando [aquí, Sra. Graciela] está solicitando es la aplicación de una sentencia relativa a una sucesión que, en consecuencia, debe analizarse desde la libre circulación de capitales, a una norma que, por su objeto, debe valorarse a la luz de la libre circulación de personas. En el presente caso, el Sr. Fernando quiso trasladar su residencia a Suiza, mientras que el Sr. Welte, que reside en Suiza, no desea trasladarse al territorio de ningún Estado miembro; solo desea que las ventajas fiscales aplicables en Alemania a las transmisiones mortis causa", cuando tanto el causante como el heredero residen en dicho Estado miembro en el momento de la defunción, alcancen a los bienes que ha adquirido "mortis causa" de su esposa, también residente en Suiza.

Así las cosas, con base en los argumentos mencionados, este Consejo de Estado entiende que de la citada sentencia del TJUE no puede extraerse la conclusión de que se haya producido una violación del **Derecho** de la Unión que haya "perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido" ni que se haya producido una inobservancia manifiesta del **Derecho** de la Unión puesto que no hay ni identidad de supuestos de hechos ni identidad de **libertades** afectadas. Por tanto, se concluye, junto a la propuesta de resolución, que no se ha producido una violación suficientemente caracterizada y que, por lo tanto, existe el deber jurídico de soportar la actuación que ha llevado a cabo la Administración de acuerdo a la normativa vigente.>>

**TERCERO:** El escrito de demanda se basa en los siguientes hechos:

<<PRIMERO. - Que los cónyuges D<sup>a</sup>. Graciela y D. Fernando trasladaron su residencia de España a Suiza con fecha 30 de abril de 2007. En esa fecha adquirieron su vivienda habitual en la Confederación Suiza sita en Vufflens le Chateau, Chemin du Carolet 17 por importe total de 2.378.800 francos suizos al cambio del momento de 1,6434, a 1.447.486,90 euros.

SEGUNDO. - Que, como consecuencia de dicho traslado, los cónyuges D<sup>a</sup>. Graciela y D. Fernando transmitieron el día 27 de junio de 2007 varios inmuebles sitos en el número NUM000 de la CALLE000 de Madrid, entre los que se encontraba su vivienda habitual hasta ese momento.



TERCERO. - Que, por error, con fecha 30 de junio de 2008 los cónyuges D<sup>a</sup>. Graciela y D. Fernando presentaron la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio 2007 en lugar de la declaración del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que les correspondía, optando por la modalidad de declaración conjunta, en la que incluyeron las ganancias patrimoniales generadas por la transmisión de la vivienda habitual, con una cuota a ingresar de 133.900 euros. En dicha declaración no aplicaron la exención por reinversión en vivienda habitual.

CUARTO. - Que, con posterioridad a dicha declaración, la Administración Tributaria practicó liquidaciones por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR en adelante), por entender que no era aplicable la exención por reinversión en vivienda habitual.

QUINTO. - Que mediante escrito presentado el 16 de octubre de 2014 mi representada formuló reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado legislador alegando el incumplimiento del **Derecho** comunitario, en base a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013, asunto C-181/12, Yvon Welte, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determina que se opone a la libre circulación de capitales la normativa alemana relativa al cálculo del Impuesto de Sucesiones que establece que en caso de adquisición "mortis causa" de un inmueble situado en el territorio de dicho Estado, la reducción de la base imponible en el supuesto de que el causante y el causahabiente residan en el momento del fallecimiento en Suiza es inferior a la reducción que se habría aplicado si al menos uno de ellos hubiera residido en ese momento en dicho Estado miembro. Señala el Tribunal que de acuerdo con el artículo 64 (antiguo artículo 57) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de conformidad con el Anexo I de la Directiva 88/361, del Consejo, de 24 de junio de 1988 las inversiones inmobiliarias de carácter patrimonial efectuadas con fines privados no pueden admitirse al vulnerar el **derecho** a la libre circulación de capitales>>.

A partir de tales hechos considera la parte demandante que, <<En el ámbito de la responsabilidad del Estado por violación del **Derecho** Comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha delimitado en las sentencias de 26 de marzo de 1996 (asunto British Telecommunications) y 8 de octubre de 1996 (asunto Dillenkofer) los requisitos principales: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir **derechos** a los particulares; que la violación esté suficientemente caracterizada; que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas; que la lesión sea evaluable económicamente e individualizada.

Pues bien, se cumplen dichos requisitos pues como veremos la exención por reinversión en vivienda habitual prevista en los artículos 38 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio y disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes, vulneran los **derechos** a la libre circulación de personas, **libertad** de establecimiento y libre circulación de capitales consagrados en los artículos 45, 49 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos artículos 39, 43 y 56 del Tratado de la Comunidad Europea)>>.

**CUARTO:** En la contestación a la demanda, la Administración plantea los siguientes motivos de oposición:

- Inexistencia de daño y perjuicio.
- En la fecha de la solicitud no había perjuicio, dándose un supuesto de anticipación de la reclamación.
- Ausencia de los requisitos de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del **derecho** europeo.
- Inexistencia de violación suficientemente caracterizada.
- Inexistencia de causalidad.

**QUINTO:** Iniciando nuestro examen por el último de los argumentos de oposición, se señala en la contestación a la demanda que <<Resulta sorprendente que todas las alegaciones que realiza la demanda en relación a la infracción del **derecho** europeo pudieron ser realizadas -atendiendo a las fechas de la jurisprudencia que cita en la reclamación económico- administrativa que dedujo, o bien en el recurso contencioso posterior que no empleó. Por tanto, no puede establecerse relación de causalidad entre el daño sufrido y la infracción alegada.

A diferencia de los que ocurre en el procedimiento de responsabilidad extracontractual de las Instituciones y órganos de la Unión, que es un procedimiento autónomo ( sentencia de 28 de abril de 1971 -asunto 4/69, *Lütticke*-, de 12 de abril de 1984 -asunto 281/82, *Unifrex* - y la del Tribunal General de 13 de julio de 2018 -asunto T-680/13, *Chrysostomides*- que aporta el estado de la cuestión), en nuestro **derecho** procesal, como ha declarado la Sala, la responsabilidad patrimonial no es una institución alternativa a la vía de recurso contra el acto. En este sentido la doctrina consolidada de las sentencias de 9 de abril de 2010 (recurso 1970/2008), 13 de mayo de 2010 ( recurso 3523/2008), de 26 de mayo de 2010 ( recurso 3431/2008), de 23 de junio de 2010



( recurso 4909/2008), de 3 de mayo de 2011 ( recurso 120/2007), 8 de junio de 2011 ( recurso 3201/2007), de 19 de julio de 2011 ( recurso 4808/2007), de 19 de julio de 2011 ( recurso 4912/2007), y de 19 de octubre de 2011 (recurso 4238/2007).

Que lógicamente ha de plantearse en los supuestos en que pudiendo no se impugnó directamente. Es decir que al tiempo de poder impugnar el acto existían los elementos de inicio necesarios para poder hacerlo. Lo que no ocurrirá si se ofrecen datos sobrevenidos al momento en que era posible la impugnación directa. Por cuanto la responsabilidad patrimonial cuyo fundamento es la ilegalidad de un acto supone revisar un acto consentido y firme.

En el caso que nos ocupa pudo recurrirse la resolución del TEAR de Madrid de 28 de septiembre 2016, e incluso invocar en la reclamación los mismos argumentos que se hicieron valer en la solicitud de responsabilidad patrimonial (que es de fecha de 16 de octubre de 2014). Por lo que no puede pretenderse ahora obtener responsabilidad patrimonial en base a unos fundamentos que pudieron alegarse al impugnar el acto que da lugar a la pretendida responsabilidad.

Por ello no existe causalidad directa entre el daño y la supuesta infracción, al ser la causa del daño la inactividad de la demandante en la adecuada defensa de sus **derechos**>>.

**SEXTO:** La tesis sustentada por el Sr. Abogado del Estado ha sido asumida por este Tribunal Supremo. Así en sentencia de 18 de septiembre de 1995, donde se señala que <<al convertirse por esa renuncia en firme el pronunciamiento recurrido y ser conforme a **derecho** el acto administrativo impugnado, la pretensión de examinar en esta segunda instancia la reclamación indemnizatoria "subsidiaria" que deduce en base a una responsabilidad patrimonial del Estado derivada del funcionamiento de sus servicios, queda ya sin fundamento y debe ser desestimada>>.

En definitiva, en estos supuestos, el posible daño sufrido por la recurrente, no puede imputarse a la actividad de la propia administración sino que debe considerarse que es consecuencia de la inactividad de la misma que dejó transcurrir el plazo para impugnar la resolución del TEAR de Madrid de 28 de septiembre 2016, de lo que se concluye que no resulta posible convertir el expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial en un sistema para reabrir el debate sobre la legalidad de dicha resolución.

En definitiva, no cabe la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando quien haya resultado afectado por la aplicación de la ley inconstitucional o contraria al **derecho** comunitario haya consentido el acto administrativo dejándolo firme, porque esta situación afecta necesariamente al requisito de la antijuridicidad, definido por la inexistencia del deber jurídico del perjudicado de soportar los daños, requisito que no puede entenderse acreditado, dado que la falta de impugnación del acto administrativo determina la ficción de que el mismo ha sido consentido por el interesado ( art. 28 de la LJCA), y éste viene obligado a soportar las consecuencias de sus propios actos.

**SÉPTIMO:** En definitiva, el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 establece que si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al **Derecho** de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del **Derecho** de la Unión Europea posteriormente declarada.

En consecuencia, la recurrente hubiera debido recurrir la resolución administrativa y, sólo cuando se hubiera producido una sentencia favorable a sus tesis dictada por el Tribunal de Justicia, hubiera podido tener viabilidad la demanda de responsabilidad patrimonial, planteada, eso sí, antes de transcurrido un año desde la publicación de la sentencia en el Diario Oficial de la Unión Europea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 .

En conclusión, como afirmamos en nuestra sentencia de 11 de junio de 2018 <<no nos es dable, en nuestro sistema de impugnación de actos administrativos-tributarios- hacer una a modo de declaración de oficio de vulneración del **Derecho** de la Unión , ni del **derecho** nacional, incluida la Constitución, sino que para hacer esa declaración debe ser en el seno de un procedimiento tramitado conforme a nuestra propia normativa, lo que no es el caso de autos en que se adelanta la consecuencia -exigencia de responsabilidad- al acto generador - declaración de confrontación con el **Derecho** de la Unión-, por lo que la pretensión debe rechazarse>>

**OCTAVO:** Es cierto que en nuestra sentencia de 27 de febrero de 2018, señalamos que:

<<La tercera razón que expresa la resolución recurrida para denegar la indemnización se circunscribe, conforme ya anunciamos, a la intangibilidad de las resoluciones firmes (fundamento jurídico sexto). Con el argumento de que las liquidaciones tributarias practicadas a los reclamantes tienen el carácter de firmes por no haber sido recurridas y de que una doctrina jurisprudencial reitera que la ulterior declaración de nulidad de



una disposición legal no lleva aparejada necesariamente la invalidez de las liquidaciones firmes practicadas bajo su amparo, conviene precisar que en el caso que nos ocupa de responsabilidad patrimonial del estado legislador por infracción de la ley estatal del **derecho** comunitario, la acción para pedir la responsabilidad se inicia, a los efectos del plazo del artículo 145.2 de la Ley 30/1992, al dictarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es cuando expresamente se declara que la ley española ha vulnerado el **derecho** de la Unión.

Advertir, siguiendo la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2010 -recurso 21/2008- que no le era exigible a la recurrente impugnar la autoliquidación practicada poniendo de relieve el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones impuestas por el **derecho** de la Unión Europea. Reacciona cuando tiene conocimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al amparo de la vía de la responsabilidad patrimonial, sin que nada pueda aclararse a la acción emprendida con apoyo en la prescripción del **derecho** a resarcirse del daño causado.

En igual sentido valga la cita de las sentencias de este Tribunal de 18 de febrero de 2016 (recurso 194/2015), 17 de septiembre de 2010 (recurso 373/2006 y 153/2007) y 7 de noviembre de 2016 (recurso 186/2015). Se expresa en esta última que la impugnación del acta de liquidación o la prescripción del **derecho** a la devolución de ingresos indebidos, no son circunstancias que impidan la reclamación de responsabilidad [...]>>

Como puede observarse en el caso enjuiciado por la sentencia que acabamos de citar, el elemento determinante de la decisión es la existencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la que se deriva el incumplimiento del **derecho** de la Unión Europea, declaración inexistente en el presente caso, y que no puede derivarse de las sentencias alegadas por la recurrente que se refieren a supuestos diferentes, esencialmente las consideraciones hechas en la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 (asunto C-181/12, Yvon Welte), a propósito del Impuesto de Sucesiones que no son trasladables al Impuesto sobre la Renta de no Residentes y, por tanto, al presente supuesto.

**NOVENO:** La desestimación de las pretensiones de la recurrente comporta la imposición de las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien la Sala haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en cuatro mil euros (4.000,00 €), más IVA la cantidad máxima a reclamar por la parte demandada.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso contencioso administrativo nº 277/2018, interpuesto por la representación procesal de Doña Graciela, contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en reunión celebrada el trece de abril de dos mil dieciocho, que resuelve desestimar la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador (Ref. HA/A/000163/2017) formulada por la recurrente; con imposición de las costas en los términos establecidos en el último fundamento de **derecho**.

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

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez. Rafael Fernandez Valverde, Octavio Juan Herrero Pina,

Ines Huerta Garicano, Cesar Tolosa Tribiño,

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, **D. Cesar Tolosa Tribiño**, estando la Sala reunida en audiencia pública; Doy fe.