



Roj: **STS 3499/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3499**

Id Cendoj: **28079130052020100281**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **29/10/2020**

Nº de Recurso: **5964/2019**

Nº de Resolución: **1422/2020**

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

Ponente: **INES MARIA HUERTA GARICANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1615/2019,**
ATS 12569/2019,
STS 3499/2020,
AATS 10777/2020,
AATS 4238/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.422/2020

Fecha de sentencia: 29/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5964/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.3

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5964/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1422/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.



D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 29 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 5964/2019, interpuesto por D. Victorio , representado por el procurador D. Ramiro Reynolds Martínez y con la asistencia letrada de D. Antonio Rodrigo Ruiz Marco, contra la sentencia nº 215/19, de 6 de mayo, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco, confirmatoria en apelación (832/18) de la sentencia -nº 110/18, de 2 de junio- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián, que desestimó el P.O. 681/17, deducido frente al acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa que le denegó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada como consecuencia de la liquidación del IRPF correspondiente al ejercicio de 2007, practicada en aplicación del art. 30.2 de la Norma Foral 10/06, declarado nulo en STC 203/16, de 1 de diciembre (BOE de 1 de enero de 2017).

Compareció como recurrida la Diputación Foral de Guipúzcoa, representada por la procuradora Dña. Rocío Martín Echagüe.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Inés Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Antecedentes administrativos:

1) El hoy recurrente, transportista autónomo de transportes de mercancías por carretera, presentó, en período voluntario, declaración del IRPF del ejercicio de 2007, acogándose al método de estimación objetiva por módulos para determinar el rendimiento neto de su actividad, girándose una liquidación -en aplicación del art. 30.2 de la Norma Foral de Guipúzcoa 10/06- por importe de 31.575,94 €.

2) Interpuesto recurso contencioso-administrativo (1082/12) fue desestimado por sentencia -nº 594/14, de 27 de noviembre- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco.

3) En STC de 1 de diciembre de 2016, se declaró inconstitucional y nulo de pleno derecho el precitado art. 30.2 de la Norma foral.

4) En escrito presentado en la Diputación Foral de Guipúzcoa el 2 de noviembre de 2017, dedujo reclamación de responsabilidad patrimonial -con base en la STC de 1 de diciembre de 2016 que declaró inconstitucional y nulo de pleno derecho el precitado art. 30.2- por el importe de la liquidación, que fue desestimada por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de Guipúzcoa de 5 de septiembre de 2017.

5) Interpuesto recurso contencioso-administrativo (681/17), fue desestimado en sentencia nº 110/18, de 2 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián, confirmada en apelación (832/18) en sentencia nº 215/19, de 6 de mayo, de la Sección Tercera de la Sala de Bilbao, frente a la que se ha interpuesto el presente recurso de casación.

6) En escrito presentado en la Diputación Foral de Guipúzcoa el 15 de diciembre de 2017, dedujo reclamación de responsabilidad patrimonial -con base en la STC- por el importe de la liquidación, que fue desestimada por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de Guipúzcoa de 13 de marzo de 2018.

7) Interpuesto recurso contencioso-administrativo (398/18), fue desestimado en sentencia nº 20/19, de 31 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián, confirmada en apelación (394/19) en sentencia nº 303/19, de 2 de julio, de la Sección Tercera de la Sala de Bilbao, frente a la que se ha interpuesto el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida:

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de Bilbao, confirma la del Juzgado nº 2 de San Sebastián, que desestimó la pretensión del aquí recurrente. Su FD Séptimo razona:



"nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del estado legislador, derivado de la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 30.2 de la norma foral 10/2006. En concreto, son dos los elementos cuya concurrencia se cuestiona. La Juzgadora de instancia consideró que sí se cumplía el primero de ellos, pero negó que concurriera el segundo. Por ese motivo, desestimó el recurso contencioso-administrativo. No obstante, la Administración, en su escrito de adhesión a la apelación, insiste en que tampoco se da el primero de los motivos. Por tanto, se sigue cuestionando la concurrencia de ambos. De tal manera que hemos de examinar los dos. El primero de ellos exige que el interesado haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso planteado contra la actuación administrativa generadora del daño. El segundo, que es el que la Juzgadora entendió que no se había cumplido, hace referencia a la necesidad de que no hayan transcurrido más de cinco años entre la producción del daño y la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Boletín Oficial del Estado.

Comenzaremos refiriéndonos al primer requisito, que es el introducido por el Artículo 32.4 de la Ley 40/2015. Este precepto tiene la siguiente redacción: "Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, 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 inconstitucionalidad posteriormente declarada".

Después de analizar los argumentos proporcionados por la parte apelante en defensa de su posición, no compartimos la conclusión alcanzada por la Magistrada de instancia en la sentencia recurrida. De hecho, un asunto idéntico al que ahora se plantea ya fue resuelto por esta sala y sección en sentencia 557/2018, de dieciocho de diciembre. En ella ya argumentábamos que, de la lectura del precepto referido, se desprende que la intención del legislador es la de acotar la responsabilidad de la Administración a aquellos supuestos en que el interesado haya reaccionado contra la actuación causante del daño por la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. No sería, pues, procedente reconocer tal responsabilidad en los casos en que, como el que ahora nos ocupa, el afectado ha dejado que el acto administrativo productor del daño haya ganado firmeza. De asumirse el razonamiento de la parte apelante, se estaría dejando a la voluntad del interesado el plantear la solicitud de revisión en cualquier momento, sin sometimiento a límite de tiempo. A mayor abundamiento, hemos de destacar el hecho de que la revisión de oficio aparece regulada, dentro de la Ley 39/2015, en un capítulo diferente a los recursos administrativos. Ello nos indica ya que nos encontramos ante dos figuras diferentes.

Esta sala, pues, comparte el razonamiento de la administración. Como ella, entiende que Don Ramón no cumplió con el requisito exigido por el Artículo 32.4 de la Ley 40/2015 para poder reclamar la responsabilidad patrimonial del estado legislador.

Por otro lado, la sentencia de instancia niega que el interesado haya cumplido con el requisito del plazo de cinco años introducido por el artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015. Conforme a este precepto, "[e]n los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refieren los apartados 4 y 5 del Artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa." Por su parte, el apelante cuestiona el cómputo de ese plazo realizado por la magistrada y, con carácter subsidiario, pretende que se plantee cuestión de inconstitucionalidad de este precepto por entender que, en la práctica y en el ámbito tributario, hace inviable obtener una declaración de responsabilidad de la administración.

Pues bien, ya hemos razonado que Don Ramón no ha cumplido con el requisito del Artículo 32.4 de la Ley 40/2015. Por tanto, se hace inútil el análisis de este segundo requisito, dado que en ningún caso le corresponde obtener una declaración de responsabilidad patrimonial de la administración. Por ese mismo motivo, no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad pretendida. En efecto, el Artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando el "juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución". Sin embargo, en el presente caso y como ya hemos explicado, la pretensión de Don Ramón no puede prosperar, con independencia de cuál sea el contenido del referido artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015. En consecuencia, no procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna.

Conforme a lo razonado, hemos de desestimar el recurso de apelación planteado y confirmar la sentencia de instancia, aun cuando sea por argumentos distintos a los utilizados por la Magistrada, al asumirse el planteamiento de la Administración en su escrito de adhesión a la apelación.

Y el criterio mantenido en nuestra sentencia nº 557/2018, de dieciocho de diciembre, debe ser confirmado, pese, a las alegaciones de la parte recurrente apelante, relativas a los documentos aportados y admitidos



como documental en la segunda instancia, por cuanto que examinados y valorados por la sala, junto con el escrito correspondiente de cada una de las partes, de conclusiones sobre dicha prueba, pues, se según la Administración concurre un error cometido por la Administración, ya que las Sentencias no eran firmes y los recursos relativos a las citadas sentencias no eran de liquidaciones tributarias. Y además, y sobre todo, el criterio de estos Acuerdos y sus expedientes administrativos, es una orientación y no es vinculante para la sala, por cuanto se explicita la concurrencia de equivocación".

TERCERO.- Preparación del recurso de casación:

El actor y apelante presentó escrito de preparación de recurso de casación, en el cual, tras justificar el cumplimiento de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, identificó, como norma que consideraba infringida, artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, citando, como soporte del interés casacional del recurso, el art. 89.2.f) LJCA.

La Sección Tercera de la Sala de Bilbao tuvo por preparado el recurso, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de las actuaciones.

CUARTO.- Admisión del recurso:

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó auto -3 de enero de 2019- en el que, tras recordar que la cuestión aquí concernida había sido ya planteada en los recursos de casación AATS: 1 de julio de 2019, RCA 1750/2019 y 26 de septiembre de 2019, RCA 2884/2019, ACORDABA:

" 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 5964/19 preparado por la representación procesal de D. Victorio frente a la sentencia nº 215/19 -6 de mayo- de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por la que, desestimando el recurso de apelación nº 832/18 deducido frente a la sentencia nº 110/18 -19 de junio- del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de San Sebastián, se desestima el Procedimiento Ordinario nº 681/17 interpuesto frente al Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Diputación Foral de Guipúzcoa -5 de septiembre de 2017-, desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador interpuesta por el recurrente a resultas de la anulación del artículo 30.2 de la Norma Foral 10/2006, de 29 de diciembre por el Tribunal Constitucional en sentencia nº 203/16, de 1 de diciembre (BOE de 9 de enero de 2017).

2º) Precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar cuáles son los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito estipulado en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público".

QUINTO.- Interposición del recurso:

Abierto el trámite, la representación procesal de la parte actora, presentó escrito de interposición, reiterando, básicamente, el contenido del escrito de preparación, alegando que "La sentencia..... fija criterios excluyentes en atención a situaciones ajenas por completo a la previsión legal del artículo 32.4, precepto éste que en nada se refiere a las actuaciones administrativas previas que abren el acceso al recurso jurisdiccional. En consecuencia, constituye una manifiesta extralimitación, ajena por completo a lo dispuesto en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, denegar el derecho a ser indemnizados a los particulares que recurrieron administrativamente el acto causante del daño, una vez firme, a través del procedimiento especial de revisión por nulidad de pleno derecho, limitando el derecho a la indemnización exclusivamente a quienes impugnaron el acto lesivo a través de los recursos administrativos ordinarios (en materia tributaria, el recurso de reposición y la reclamación económico administrativa). No hay ninguna previsión legal a este respecto, razón por la que la restricción que la sentencia efectúa, con alcance excluyente, carece de todo fundamento".

Concluyó instando el dictado de sentencia por la que se " a) forme jurisprudencia respecto al artículo 32.4 de la Ley 40/2015 en la que se declare que un recurso judicial, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, colma el requisito fijado en dicho artículo 32.4. b) case y anule la sentencia recurrida, c) ordene a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que emita nueva sentencia en resolución del recurso de apelación interpuesto por mi mandante, en la que respete la jurisprudencia formada y se pronuncie sobre los restantes motivos de oposición planteados



por la parte recurrente en su recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de instancia, o, en el caso de que esta Sala del Tribunal Supremo lo considere procesalmente viable, resuelva en su integridad el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día por D. Victorio con estimación del mismo y reconocimiento pleno del derecho a percibir la indemnización".

SEXTO.- Oposición:

La representación procesal de la Diputación de Guipúzcoa, instó la desestimación del recurso porque "Es necesario..., que quien invoque un perjuicio derivado de la aplicación de una norma haya reaccionado tempestivamente contra el acto de aplicación de dicha norma mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo, y que éste haya sido desestimado mediante sentencia firme. Pero no solo eso. En ese recurso debe haber alegado la inconstitucionalidad de la norma aplicada. Es decir, debe haber dado al órgano judicial que haya conocido del recurso argumentos suficientes para que éste pudiese, bien plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del precepto, esa que posteriormente terminó siendo declarada por el Tribunal Constitucional en un proceso distinto; o bien justificar las razones para no hacerlo, si apreciara de forma motivada la ausencia de dudas acerca de la constitucionalidad del precepto.la Ley ha limitado dicha posibilidad a aquellos supuestos en los que el obligado tributario haya tratado de impedir el pago del tributo mediante la impugnación de la liquidación ante los tribunales y solicitando infructuosamente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, quienes dejaron que la liquidación deviniera firme por no haberla recurrido en tiempo y forma no pueden, según el artículo 32.4 LRJSP, exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador una vez declarada la inconstitucionalidad de la norma".

Concluyó postulando la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- Señalamiento

Conclusas las actuaciones, no habiéndose solicitado la celebración de vista y sin que la Sala la considerase necesaria, se señaló, para deliberación, votación y fallo, la audiencia del día 27 de octubre de 2020, que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso:

La cuestión propuesta en el auto de admisión ha obtenido respuesta de esta Sala y Sección en sentencias nº 1158/20, de 14 de septiembre (casación 2486/19); 1186/20, de 21 de septiembre (casación 2820/19); nº 1351/20, de 19 de octubre (casación 5694/19), y, 1384/20, de 22 de octubre (casación 6717/19), en cuyo contenido nos ratificamos y cuya doctrina hemos de reiterar.

Como en ellas decíamos, la interpretación se refiere a la exigencia legal de que "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 inconstitucionalidad posteriormente declarada".

La regulación positiva de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, de origen jurisprudencial, se introdujo por primera vez en el art. 139.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común, de la que se pasa a la regulación actual, más completa, en el art. 32 y concordantes de la referida Ley 40/2015 y la Ley 39/2015.

Desde el planteamiento jurisprudencial inicial se vienen distinguiendo dos títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: **el primero** de carácter general, derivado de actos legislativos no expropiatorios y, **el segundo**, derivado de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional.

En ambos casos, se trata de garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, en este caso la aplicación de actos legislativos, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar, como expresamente señala el referido art. 32, números 3 y 4 LRJSP. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión al no existir un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial.

Por tanto, el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial individualizada, real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere



a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino que se asienta en la falta de justificación del daño, es decir, en la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber jurídico de soportarla.

Cuando la imputación de la responsabilidad deriva de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, la jurisprudencia, ya desde la sentencia de 29 de febrero de 2000 (casación 49/1998), señalaba que "por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido "a priori" en su texto".

Añadía dicha sentencia, "que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó."

Por otra parte, y en relación con la exigencia de impugnación por los interesados del acto administrativo de aplicación de la norma inconstitucional, la sentencia de 13 de junio de 2000 (casación 567/1998), añadía que: "Podría sostenerse que las partes recurrentes están obligadas a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido las autoliquidaciones en vía administrativa. De prosperar esta tesis, el daño causado no sería antijurídico, pues, como expresa hoy el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Esta Sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear "de oficio o a instancia de parte" al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable."

Abunda, también en ello, la sentencia de 17 de julio de 2000 (casación 736/1997) en la que, tras reiterar que: "no parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño causado por el desembolso de determinadas cantidades en concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego, pues tal abono se produjo exclusivamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, de manera que quienes lo efectuaron no tenían el deber de soportarlo", señala que "si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y



el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes.

Sin embargo, en los supuestos en que no exista el valladar de la cosa juzgada, cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento establecido en la referida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que, como en el proceso terminado con nuestra Sentencia de 13 de junio de 2000, el interesado promueva directamente la acción de responsabilidad patrimonial, derivada de actos del legislador, dentro del plazo legalmente establecido.

Ese criterio mayoritario es el que se ha mantenido en numerosas sentencias posteriores, que llegan hasta la actualidad (SS 3 y 15 de noviembre de 2006) relativas a reclamaciones derivadas de la inconstitucionalidad de dicho art. 38.2.2. de la Ley 5/90 declarada por la STC 173/1996."

En este mismo sentido, la sentencia de 17 de marzo de 2001 (casación 520/1998), refiere todas las anteriores de igual contenido de 29 de febrero de 2000 (casación 49/98); 13 de junio de 2000 (casación 567/98); 15 de julio de 2000 (casación 736/97); 30 de septiembre de 2000 (casación 481/98); 20 de enero de 2001 (casación 562/98); 17 de febrero de 2001 (casación 349/98) y 3 de marzo de 2001 (casación 529/98).

Pues bien, dicha jurisprudencia, como decíamos en nuestras sentencias nº 1158, 1186, 1351 y 1384/20, ha de tenerse presente "al examinar el alcance de la exigencia establecida en el art. 32.4 -haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada- ya que en dichas sentencias se describe la compleja posición jurídica en la que se encuentra el perjudicado a la hora de hacer valer su derecho frente a la lesión causada en razón de la inconstitucionalidad de la norma aplicada, en cuanto su valoración no se limita a cuestionar la legitimidad de la actuación administrativa ajustada a la norma aplicada y causante del daño cuya reparación pretende sino que, implica, superando la presunción de legalidad de la norma, la realización de un juicio o valoración de su constitucionalidad, que siempre entraña dificultades notables; y ello en un marco jurídico en el que el perjudicado no está legitimado para ejercitar la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal competente para su conocimiento, que en la impugnación en vía administrativa no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y en la impugnación jurisdiccional se limita a solicitar su planteamiento ante el órgano jurisdiccional que está conociendo de la impugnación frente al acto administrativo, que es el competente para decidir al respecto".

En esta situación, decíamos, "lo procedente es efectuar una interpretación amplia de la exigencia del art. 32.4 LRJSP en cuanto, como señalan las sentencias citadas, supone una limitación o cortapisa procedimental considerable que, además, se proyecta sobre el acto administrativo, siendo que el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica necesariamente dejar sin efecto el acto sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y evaluable que resulta indemnizable, derecho que nace y tiene su fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de la norma por el Tribunal Constitucional.

Por ello, cuando el precepto se refiere a sentencia firme en cualquier instancia desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa, ha de entenderse que comprende todas aquellas formas de impugnación de dicha actuación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con la misma cuestionando su constitucionalidad y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, entre estas formas de impugnación, según la propia legislación tributaria, se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, como uno de los procedimientos especiales de revisión, que, junto al recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas, integran los medios de revisión de los actos de aplicación de los tributos. Así se reconoce en las referidas sentencias, por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional, de acuerdo con la legislación general, señalando que cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento establecido en la referida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, criterio que ha de mantenerse con la precisión, en virtud de la regulación del art. 32.4 LRJSP, de que el procedimiento de revisión de oficio ha de instarse antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma".

SEGUNDO.- Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

Los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito previsto en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto, **comprende todas aquellas formas de impugnación**



que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.

Y, entre estas formas de impugnación, se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, que colma el requisito que fija el artículo 32.4 de la Ley 40/15 .

TERCERO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:

1.- Con arreglo a esta doctrina, procede estimar el recurso de casación y casar la sentencia recurrida que consideró incumplido el requisito establecido en el art. 32.4 de la Ley 40/2015.

No obstante, la resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto, como señala el art. 93.1 de la Ley de la Jurisdicción, exige examinar la concurrencia del requisito temporal establecido en el art. 34.1 párrafo segundo, según el cual: "serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley", requisito que también se considera incumplido en la sentencia recurrida.

A tal efecto y en congruencia con el criterio sostenido en la sentencia que resuelve el recurso 3144/2019, ha de examinarse la naturaleza y alcance de dicho plazo, para lo cual, lo primero que ha de tenerse en cuenta es que no se trata del plazo de prescripción de la acción de reclamación, pues éste se regula en el art. 67.1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, disponiendo que "En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el "Boletín Oficial del Estado" o en el "Diario Oficial de la Unión Europea", según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea."

Se mantiene, pues, el plazo general de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, plazo que según reiterada jurisprudencia y como señala la citada sentencia de 13 de junio de 2000 (casación 567/98), "comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la "actio nata" o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial."

El plazo establecido en el art. 34.1 párrafo segundo se refiere a la prescripción del daño en cuanto integra el derecho indemnizable, constituyendo la delimitación -por el legislador- del alcance de la responsabilidad patrimonial a través de dicho criterio temporal, e imponiendo el deber general de soportar los daños producidos más allá de dicho plazo de cinco años, afectando, por lo tanto, al elemento de la antijuridicidad, como existencia de un deber legal de soportar el daño de acuerdo con la Ley (art. 32.1 LRJSP).

A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad patrimonial se contempla en el art. 106.2 de la Constitución como un derecho de configuración legal, según la expresión "en los términos establecidos por la ley", de manera que corresponde al legislador definir el alcance de la misma en los distintos supuestos, contenido al que habrá de estarse en cuanto se imponga con carácter general y por igual a todos afectados, proyectándose sobre el conjunto de los ciudadanos, cuyas consecuencias tienen la obligación de soportar, en cuanto respondan al ámbito de libertad de configuración normativa que corresponde al legislador y constituya una regulación general que se mantiene dentro del marco y límites constitucionales propios del ejercicio de la potestad normativa.

Desde estas consideraciones y respecto del cómputo de dicho plazo, no se cuestiona el *dies ad quem*, que viene referido a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma según precisa el art. 34.1, fecha que opera como *dies a quo* en relación con el cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación. Sin embargo, el precepto no es tan preciso en la determinación del *dies a quo*, refiriéndose genéricamente a "los daños producidos" como única indicación, lo que plantea la cuestión del momento en que se entiende producido el daño.



Hemos ya dicho, en este particular, que cuando el precepto se refiere a "daños producidos" está aludiendo a aquellos incuestionables y definitivos que no están sujetos o pendientes de revisión. En la jurisprudencia se atiende a los distintos tipos de daños señalado las particularidades de cada caso, en relación con la consolidación y fijación de la realidad de los mismos. En este sentido y cuando el daño se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías -para corregir o evitar la efectividad del perjuicio- utilizadas por el interesado.

Y esta apreciación, consideramos, es también conforme con la naturaleza del plazo establecido en el referido art. 34.1, dado que al cuestionarse por el perjudicado el acto causante del perjuicio ha de entenderse interrumpido su cómputo, de manera que no puede referirse la producción del daño consolidado y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial y, que, caso de resultar favorable, determinaría la eliminación del mismo y consiguientemente la procedencia del daño. No puede olvidarse, en este sentido, que uno de los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial es la realidad del daño.

Cabe añadir, sobre la posible afectación del principio de seguridad jurídica, tanto en relación con la interpretación de este art 34.1 como la anteriormente expuesta del art. 32.4, lo que ya se indicaba en la citada sentencia de 13 de junio de 2000 (casación 567/1998), cuando señalaba que: "Este principio, en efecto, tal como se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional, que lo aplica al ámbito tributario en relación con la devolución de los ingresos de esta naturaleza realizados al amparo de una ley declarada inconstitucional afecta al ingreso tributario en sí mismo, al acto administrativo en cuya virtud éste ha tenido lugar y a la Administración que lo ha percibido dentro de un sistema tributario que se rige por un principio de equilibrio entre ingresos y gastos. Sin embargo, dicho principio no puede extraerse de este contexto, para acudir a exonerar al Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa. En efecto, dicha actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria sobre la que aquel principio se proyecta en su formulación por el Tribunal Constitucional. El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente."

Criterio que es aplicable, aun teniendo en cuenta las peculiaridades del sistema fiscal del País Vasco y su gestión por las Diputaciones Forales, en cuanto la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la actuación legislativa plasmada en la Norma Foral declarada inconstitucional resulta exigible al margen de la pervivencia del correspondiente acto de gestión tributaria adoptado en aplicación de dicha norma.

En consecuencia, atendiendo a dicho cómputo del término inicial del plazo y la fecha de publicación de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma foral, ha de entenderse que la reclamación recurrente cumple también el requisito temporal establecido en el referido art. 34.1, párrafo segundo, por lo que procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 23 de agosto de 2017 que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por la anulación del art. 30.2 de la Norma Foral 10/2006, de 29 de diciembre por sentencia del Tribunal Constitucional 203/2016 de 1 de diciembre, que se anula por ser contrario al ordenamiento jurídico, y declarar el derecho del recurrente a la indemnización, en tal concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en la cantidad reclamada y no desvirtuada de 31.575,94 €, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación (2 de noviembre de 2017).

2.- Conforme a lo dispuesto en el art. 93.4 y 139 LJCA, no se efectúa pronunciamiento respecto de las costas causadas en casación, ni en primera y segunda instancia.

FALLO

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

PRIMERO.- Dar respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo propuesta en el auto de admisión en los términos expresados en nuestro **F.D. Segundo**.

SEGUNDO.-HABER LUGAR al recurso de casación número 5964/2019, interpuesto por D. Víctorio , representado por el procurador D. Ramiro Reynolds Martínez y con la asistencia letrada de D. Antonio Rodrigo Ruiz Marco, contra la sentencia nº 215/19, de 6 de mayo, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco.

TERCERO.- ESTIMAR el recurso de apelación nº 832/18, **anulando** la sentencia -nº 110/18, de 2 de junio- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de San Sebastián, y, con **ESTIMACIÓN** del P .O. 681/17, se revoca el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 25 de septiembre de 2017,



reconociendo a D. Victorio el derecho a que se le indemnice, en concepto de responsabilidad patrimonial, con la suma de 31.575,94 €, más los intereses legales devengados desde el 2 de noviembre de 2017.

CUARTO.- Sin pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Segundo Menéndez Pérez D. Rafael Fernández Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Olea Godoy D^a. Inés Huerta Garicano D. Francisco Javier Borrego Borrego

D^a. Ángeles Huet de Sande

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente Dña. **Inés Huerta Garicano**, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ