

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS	Núm. 160/2002
---------------------------	--	------------------

Rosa FONTELA GUÍO
Profesora del CEF

• ENUNCIADO:

La Ley 5/1990 (BOE de 30 de junio de 1990), sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, estableció, en su art. 38.2.2, un gravamen complementario de la tasa fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar. Este gravamen complementario se declaró aplicable a las máquinas o aparatos automáticos aptos para la realización de juegos clasificados como «B» o «C» cuya tasa fiscal correspondiente al año 1990 se hubiere devengado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. El citado gravamen, que se devengaba el día de entrada en vigor de la Ley, y que debía satisfacerse en los 20 primeros días naturales del mes de octubre de 1990, era aplicable exclusivamente en este año, y su cuantía se fijaba, para las máquinas tipo «B», en 233.250 pesetas, diferencia entre la cuota ya pagada a la entrada en vigor de la Ley -141.750 ptas.- y la nueva cuota fijada anual establecida en 375.000 ptas.

En fecha 8 de octubre de 1990, don Antonio B. presentó ante los Servicios Territoriales de la Consejería de Economía y Hacienda de la Generalidad de Valencia, en su condición de titular de una empresa operadora de máquinas recreativas, ocho declaraciones-liquidaciones por importe acumulado de 1.866.000 ptas., correspondiente al gravamen complementario relativo a ocho máquinas recreativas. Al propio tiempo, y de conformidad con la disp. adic. 3.ª del RD 1163/1990, de 21 de septiembre, solicitaba la rectificación de esas liquidaciones por considerar inconstitucional la Ley 5/1990.

Confirmadas las liquidaciones por Resolución de 11 de octubre de 1990, se formuló recurso que fue desestimado. La ejecución del acto administrativo fue suspendida utilizándose para ello los medios legales pertinentes.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación del recuso, la Secc. 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana declaró su inadmisión mediante Sentencia de 5 de junio de 1992.

En fecha 14 de octubre de 1992 los Servicios Territoriales de la Consejería de Economía notifican a don Antonio una resolución en la que se le requería el pago de la liquidación practicada por el gravamen citado, así como los intereses desde el último día de pago voluntario (21 de octubre de 1990), todo ello al ser firme la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. En cumplimiento de dicho requerimiento, don Antonio procedió, en fecha 12 de noviembre de 1992, al abono del importe de la liquidación, así como 460.280 ptas. en concepto de recargo por mora.

Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ de Cataluña y de Madrid plantearon la declaración de inconstitucionalidad respecto del citado art. 38.2.2 de la Ley 5/1990. A pesar del conocimiento que la Sala de lo Contencioso-Administrativo valenciana tenía de la pendency de dicha declaración denegó la petición de suspensión de los procedimientos iniciados y siguió adelante con la tramitación de los mismos hasta dictar sentencia, que fue en todos los casos desestimatoria del recurso, salvo en los supuestos en que, como don Antonio, se decretó la inadmisión del recurso por un defecto formal.

Con fecha 31 de octubre de 1996 (publicada en el BOE el 3 de diciembre de 1996) el Pleno del TC dictó Sentencia declarando inconstitucional y nulo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, por vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado en el art. 9.º 3 de la CE.

Con fecha 27 de octubre de 1997, don Antonio presentó escrito solicitando del Consejo de Ministros el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos del poder legislativo y el consiguiente derecho a percibir una indemnización: 2.346.280 ptas. a que ascendía el principal e intereses de demora abonados en su día, así como los intereses legales de dicha cantidad desde que efectuó el ingreso en las arcas públicas.

Con fecha 18 de septiembre de 1998 se dictó Resolución por el Consejo de Ministros desestimando la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Contra dicho acto administrativo, don Antonio interpuso recurso contencioso-administrativo.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Qué tipo de recurso interpuso don Antonio frente a la Resolución de 11 de octubre de 1990 que confirmaba las liquidaciones efectuadas?
2. ¿En qué supuestos y a través de qué medios se puede suspender un acto administrativo económico?
3. ¿A través de qué medio pueden los Jueces y Tribunales solicitar del Tribunal Constitucional (TC) el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley?
4. Analícese la actuación de don Antonio solicitando responsabilidad patrimonial al Consejo de Ministros, tras la declaración de inconstitucionalidad de la Ley.
5. Si la declaración de no ser procedente la devolución de lo ingresado no hubiere estado basada en autoridad de cosa juzgada ¿qué procedimiento hubiere podido incoar don Antonio?
6. De estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consejo de Ministros por la que se desestima la indemnización por responsabilidad patrimonial ¿qué cantidades debería devolver la Administración a don Antonio y en concepto de qué?

• **SOLUCIÓN:**

1. El recurso que don Antonio ha utilizado para impugnar la Resolución de 11 de octubre de 1990 no es sino una reclamación económico-administrativa, es decir, una clase de recurso administrativo cuyo objeto es examinar la legalidad de los actos administrativos de contenido económico regulados en el Derecho Financiero. Al igual que el resto de los actos administrativos, los actos administrativos tributarios gozan de una presunción de legalidad y en virtud de esta presunción son inmediatamente ejecutivos. No obstante esta presunción no es indestructible sino que es una presunción

iuris tantum, permitiéndose que los actos administrativos tributarios puedan ser objeto de revisión y por lo tanto ser sometidos a un nuevo examen para ser, si procede, corregidos o enmendados. En este sentido se manifiesta el artículo 7.º de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria que establece que «los actos de gestión en materia tributaria constituyen actividad reglada y son impugnables en la vía administrativa y jurisdiccional en los términos establecidos en las leyes». Por su parte el artículo 8.º del mismo texto legal dispone que «los actos de determinación de las bases y deudas tributarias gozan de presunción de legalidad. Que sólo podrá destruirse mediante revisión, revocación o anulación practicadas de oficio o en virtud de los recursos pertinentes».

Pues bien, estos recursos pertinentes a los que alude la Ley General Tributaria no son otros que las ya mencionadas reclamaciones económico-administrativas, respecto de las cuales no existe unanimidad en la doctrina sobre cuál sea su naturaleza jurídica, aunque la postura mayoritaria, al frente de la cual está el profesor SAINZ DE BUJANDA, reconduce a tres las notas que las identifican:

- a) Son un recurso administrativo, porque los órganos competentes para resolver estas reclamaciones son órganos de la Administración.
- b) Son un recurso especial, ya que sólo podrá ser utilizado para impugnar los actos que comprende la llamada materia económico-administrativa (véase art. 2.º del RD 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el RPREA).
- c) Son un presupuesto necesario para acudir a la vía contencioso-administrativa.

2. Como ya se ha señalado en la pregunta anterior, los actos administrativos tributarios, al gozar de presunción de legalidad, son inmediatamente ejecutivos. No obstante, el artículo 30 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, «reconoce el derecho del contribuyente a que con ocasión de la interposición del correspondiente recurso o reclamación administrativa, a que se suspenda el ingreso de la deuda tributaria, siempre que aporte las garantías exigidas por la normativa vigente, a menos que, de acuerdo con la misma, proceda la suspensión sin garantía». Por su parte es el Capítulo VI del Título IV del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, el que está dedicado a regular los supuestos en los que procede la suspensión del acto. Así el artículo 74 de este Reglamento parte de la base de que una reclamación económico-administrativa no suspenderá la ejecución del acto impugnado, con las consecuencias legales consiguientes, incluso la recaudación de cuotas o derechos liquidados, intereses, recargos y sanciones. No obstante a solicitud del interesado se suspenderá la ejecución del acto impugnado en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se aporte alguna de las garantías previstas en el artículo 75 del Reglamento (depósito en dinero efectivo o en valores públicos en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, aval o fianza de carácter solidario prestado por banco, caja de ahorros, cooperativa de crédito o sociedad de garantía recíproca, así como fianza personal y solidaria prestada por dos contribuyentes de la localidad de reconocida solvencia, sólo para débitos que no excedan de la cuantía que se fije por Orden Ministerial) quedará automáticamente suspendida la ejecución del acto impugnado desde el momento en que el interesado lo solicita.
- b) Cuando el interesado no pueda aportar las garantías señaladas en el punto anterior, el Tribunal Económico-Administrativo, excepcionalmente, podrá decretar la suspensión cuando quede justificada que la ejecución puede causar perjuicios de difícil o imposible reparación y se ofrezca garan-

tía suficiente de cualquier tipo. No obstante, aun cuando el interesado no pueda aportar garantía con los requisitos anteriores, se podrá decretar la suspensión si se aprecian los referidos perjuicios.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando el Tribunal aprecie que al dictar el acto impugnado se ha podido incurrir en error aritmético, material o de hecho, podrá suspender la ejecución del acto sin necesidad de garantía.

Mención especial merecen las sanciones tributarias, respecto de las cuales el artículo 35 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes establece que «la ejecución de sanciones tributarias quedará automáticamente suspendida sin necesidad de aportar garantía, por la prestación en tiempo y forma del recurso o reclamación administrativa que contra aquéllas proceda y sin que puedan ejecutarse hasta que sean firmes en vía administrativa».

3. El tipo de control de inconstitucionalidad que el Título IX de la Constitución atribuye a los órganos judiciales se denomina «cuestión de inconstitucionalidad» caracterizado por ser un control reparador o represivo que tiene lugar una vez promulgada la norma. Tiene de común con el recurso de inconstitucionalidad tener como función principal la defensa de la Constitución, la afirmación de su primacía y el excluir del orden jurídico a toda norma que sea contraria a la Constitución. Se encuentra regulada en el artículo 163 de la Constitución así como en los artículos 35 a 37 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del TC. Dicha cuestión puede ser planteada por cualquier Juez y Tribunal, bien por propia iniciativa, bien a instancia de parte y siempre que la norma con rango de ley cuestionada sea aplicable al caso que ha de resolver y que el fallo dependa de la validez o invalidez de dicha norma. No obstante el órgano judicial debe ofrecer una fundamentación suficiente de la posible inconstitucionalidad y la relación entre la norma y el fallo. En cuanto al momento procesal oportuno para plantear la cuestión, es una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia.

4. Antes de analizar la actuación seguida por don Antonio debemos señalar que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad de las Administraciones Públicas por actos del legislador establecidos en el artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC) que dice «que las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos».

Nuestra jurisprudencia ha venido separando desde tiempo relativamente temprano el supuesto general de responsabilidad del Estado legislador por imposición de un sacrificio singular, de aquel otro en que el título de imputación nace de la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Respecto de este último supuesto hay que señalar que el poder legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de la misma. Así pues en los casos donde la ley vulnera la Constitución, evidentemente el poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar.

Otra cuestión importante a analizar son los efectos invalidantes que sobre disposiciones y actos administrativos tiene la declaración de inconstitucionalidad de la ley a cuyo amparo se dictara. Se ha venido manteniendo que la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad no comporta por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su

amparo, ni tampoco demanda necesariamente la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia. Los fallos de inconstitucionalidad tienen normalmente eficacia prospectiva o *ex nunc* [los efectos de la nulidad de la ley inconstitucional no vienen definidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) «que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso» (STC 45/1989, fundamento jurídico undécimo)].

El Pleno del TC, en Sentencia de 2 de octubre de 1997, número 159/1997 consideró que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la Sentencia del TC 173/1996 que declaró inconstitucional y nulo el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, no permite revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una ley declarada inconstitucional. No estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exceptuados por el artículo 40.1 de la LOTC, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencias sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (SSTC 45/1989, 55/1990 y 128/1994).

El Tribunal Supremo (TS), analizando el alcance que haya de darse a una sentencia de inconstitucionalidad y efectuando una interpretación novedosa del artículo 40.1 de la LOTC, ha entendido que, cuando la propia sentencia del TC no contenga pronunciamiento sobre sus efectos retroactivos, corresponde a los Jueces y Tribunales ante quienes se suscite tal cuestión decidir acerca de la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.

En apoyo de esta tesis el TS recuerda que la LRJAP y PAC en su artículo 102 prefigura un procedimiento para la revisión de disposiciones y actos nulos y entre las primeras el artículo 62.2 de la propia Ley incluye las que vulneran la Constitución y aunque este precepto no predica tal nulidad de los actos salvo que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éstos quedarán afectados por idéntico vicio, con independencia de que razones de seguridad jurídica, debidamente apreciadas, aconsejen mantener los efectos del acto compensándolo con una adecuada reparación, según se establece en los artículos 139.2 y 141.1 de la LRJAP y PAC. En definitiva se viene a sustituir la lógica e inherente consecuencia de la declaración de nulidad radical de un acto o disposición por una indemnización siempre que no exista el deber jurídico de soportar el daño o perjuicio causado por ese acto o disposición nulos.

Por lo tanto entiende el TS que ante la invariabilidad de las situaciones jurídicas creadas por la cosa juzgada, la única vía para conseguir la reparación de daños y perjuicios antijurídicos, causados por disposiciones o actos dictados en aplicación del precepto legal declarado inconstitucional, es el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual derivada de actos del legislador, que deberá hacerse valer dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142 de la LRJAP y PAC. Este plazo 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 no puede ser otro sino el de la publicación de la sentencia del TC 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 lo tanto hacen posible el ejercicio de la acción.

Así pues, don Antonio y todos aquellos que hubieran satisfecho el gravamen complementario impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía adminis-

trativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo sentencia firme que lo declare conforme a derecho, no tienen otra alternativa que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1 de la LOTC, ejercitar, como así hizo, una acción de responsabilidad patrimonial derivada del acto del legislador.

5. Si no se hubieran impugnado las liquidaciones de dicho gravamen complementario, don Antonio tiene a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho como prevé el artículo 102 de la LRJAP y PAC y, simultáneamente o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, estaría legitimado para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador. También se puede 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, a fin de dejarlos sin efectos y sólo subsidiariamente permitirle demandar la indemnización compensatoria por responsabilidad, cuando son las Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de disposiciones y actos nulos de pleno derecho. Por lo tanto y a modo de resumen se puede decir que, en los supuestos en los 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 referido en la LRJAP y PAC, sin perjuicio de que el interesado promueva directamente la acción de responsabilidad derivada de actos del legislador.

6. La cantidad que debería abonar la Administración a don Antonio, en el supuesto de que el recurso contencioso-administrativo fuese estimado, como así se hizo, será la cantidad de 2.326.280 pesetas (1.866.000 en concepto de gravamen complementario más 460.280 ptas. en concepto de recargo por mora) más los intereses legales de dicha suma a partir de las fechas en que se efectuaron los respectivos ingresos y se abonarán los intereses de demora hasta la notificación de la sentencia que se dicte, los cuales se calcularán, si fuese preciso en ejecución de sentencia, incrementándose la cantidad resultante total con el interés legal desde el día de notificación de la sentencia hasta su completo pago.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Constitución Española, arts. 9.º 3 y 163.**
- **Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 35, 36, 37 y 40.**
- **Ley 230/1963 (LGT), arts. 7.º, 8.º y 90.**
- **Ley 1/1998 (LDGC), art. 35.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 62, 102, 139.2 y 141.1.**
- **RD 391/1996 (RPREA), arts. 2.º, 3.º, 74 y 75.**
- **STS de 27 de diciembre de 2000, rec. 521/1998.**