

# Contrato administrativo de concesión de servicios y responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. Devolución de lo pagado

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.- (España)*

[juliogalancaeres@hotmail.com](mailto:juliogalancaeres@hotmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

## Enunciado

1. Con fecha 4 de mayo de 2010, un ayuntamiento de régimen común suscribió contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión administrativa para la explotación del servicio municipal de cementerios y tanatorio-crematorio en el municipio de Almería con la mercantil XX, SRL, con un plazo de duración de 30 años, pudiendo prorrogarse, por acuerdo de las partes, por un periodo máximo, considerando el plazo inicial de la concesión y las prórrogas, de 50 años. La citada contratación se rige por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

La sentencia dictada por la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia anuló el acuerdo de la junta de gobierno local, que había actuado por delegación del pleno, de 5 de abril de 2010, por el que se adjudicaba definitivamente a la mercantil XX, SL el contrato antes referido, ya que en el procedimiento de adjudicación no se observaron los trámites esenciales previstos en los artículos 86 de la Ley 7/1985 y 97.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprobó el texto refundido del régimen local, para que una corporación local pueda ejercer actividades económicas, teniendo en cuenta que en el contrato antes referido a la prestación del servicio municipal de cementerio se añadía la prestación de los servicios de tanatorio crematorio, que no se prestaban con anterioridad por el ayuntamiento.

En cumplimiento de aquella sentencia, la junta de gobierno local acordó el inicio del expediente de liquidación del contrato de gestión del servicio público en la modalidad de concesión para la explotación del servicio municipal de cementerios, tanatorio-crematorio. En la parte dispositiva del referido acuerdo se indica que el expediente de liquidación del contrato tiene por objeto determinar la restitución de los bienes y derechos que corresponden a cada parte y demás efectos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, norma legal aplicable a dicho contrato.

**Nota:** Los supuestos fueron planteados en el concurso-oposición (fase de oposición) para el ingreso, por promoción interna, entre secretarios-interventores, en la subescala de Secretaría de Entrada, en la prueba realizada en el mes de marzo de 2023, con la excepción de la pregunta número 1 del caso 1, que se ha añadido.

Independientemente de lo anterior, se están realizando los trámites administrativos que resultan preceptivos para la adjudicación de un nuevo contrato de concesión de servicios, que tiene por objeto la prestación de los servicios de cementerio y tanatorio crematorio en el referido municipio.

En concreto, hasta el día de la fecha se han realizado los siguientes trámites:

- Tramitación del expediente, previsto en el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, relativo al ejercicio de actividades económicas y determinación de la forma de gestión de los servicios de cementerios, tanatorio y crematorio, que culminó con la aprobación definitiva de la memoria reguladora de los aspectos social, jurídico, técnico y financiero para el ejercicio de actividades económicas por el ayuntamiento, mediante acuerdo del pleno del ayuntamiento de fecha 26 de marzo de 2018.
- Tramitación del expediente relativo a la redacción y aprobación de la Ordenanza Reguladora de los Servicios Municipales de Cementerio, Tanatorio y Crematorio de Almería, que finalizó con la aprobación definitiva de la ordenanza mediante acuerdo del pleno municipal de fecha 26 de junio de 2018.
- Consulta a siete operadores económicos del sector funerario sobre la estructura de costes, a fin de determinar la fórmula de revisión de precios aplicable al nuevo contrato, en virtud de lo preceptuado en Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

La concesionaria SS, SRL, en virtud del vigente contrato, estaba obligada a la realización de obras y demás inversiones en diferentes activos destinados a la gestión del servicio y que deberían haber sido amortizados a lo largo del plazo previsto de duración del contrato.

Dichas inversiones actualmente se encuentran realizadas en su totalidad y solo parcialmente amortizadas. Será necesario, por tanto, y a la vista de la sentencia judicial, la liquidación del contrato teniendo en cuenta dicha circunstancia.

El valor neto contable aproximado de las inversiones pendientes de amortizar a 31 de diciembre de 2018 es de 4.500.000 euros.

**2.** El citado ayuntamiento se está planteando exigir responsabilidad patrimonial a la Administración General del Estado tras la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 59/2017, de 11 de mayo (publicada en el BOE el 15 de junio de 2017 [NCJ062411]), en relación con el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, por los daños y perjuicios derivados de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLRHL (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo).

La cuantía que se plantea reclamar, como indemnización de los citados daños, asciende a 300.000 euros, más los intereses de demora devengados, y su cálculo se ha determi-

nado atendiendo a la cuantía global hasta la fecha de las liquidaciones declaradas nulas por diversos juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo como consecuencia de la STC antes aludida.

Téngase en cuenta que todas las sentencias firmes condenatorias de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo contra el ayuntamiento han sido dictadas desde el mes de septiembre del año 2022 hasta el día de hoy.

El Estado deniega el pago al ayuntamiento aduciendo que el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana es facultativo para los ayuntamientos y no preceptivo. Por tanto, la culpa es del ayuntamiento, al imponer dicho impuesto.

Cuestiones planteadas:

### Caso 1

1. ¿Podrían plantearse las preguntas 2, 3 y 4 como cuestiones a consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado?
2. Régimen jurídico del nuevo contrato y tramitación del procedimiento.
3. Situación jurídica en la que se encuentra el ayuntamiento una vez declarada judicialmente la nulidad de la adjudicación.
4. ¿Sería ajustado a derecho establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del nuevo contrato de concesión de servicios una cláusula que estableciera la obligación del futuro adjudicatario de abonar al Ayuntamiento de Almería, en el momento de la formalización del contrato en documento administrativo, un canon o aportación inicial, que tendrá carácter de ingreso afectado en la contabilidad pública para hacer frente a operaciones de capital, por un importe equivalente al valor de los activos que están pendientes de amortizar, y que este ayuntamiento pondría a disposición del nuevo adjudicatario? Todo ello sin perjuicio del canon o participación en la explotación que pudiera establecerse entre los criterios de adjudicación.

Dicha obligación se configuraría en el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la nueva contratación bajo las siguientes condiciones:

- a) Las inversiones ya realizadas, que permitirán desarrollar el normal funcionamiento del servicio, podrán alcanzar una cifra aproximada de 4.800.000 euros. Esta cifra determinaría el importe de dicho canon inicial.
- b) El canon inicial lo abonaría el adjudicatario de la nueva contratación al ayuntamiento en concepto de compensación de activos, que pone a su disposición esta Administración municipal para la prestación de los servi-

cios objeto del contrato y que se consideran indispensables para su normal funcionamiento. En ningún caso existiría relación financiera entre el anterior concesionario y el licitador que resulte adjudicatario de la nueva contratación.

- c) El canon inicial abonado por el adjudicatario se amortizaría durante el periodo de duración de la nueva concesión.
- d) Si XX, SRL se presentara a la licitación de la nueva contratación, de resultar nuevamente adjudicatario, tendría que abonar el canon inicial; si bien recuperaría posteriormente el monto de la liquidación del anterior contrato.
- e) Esta obligación se introduciría en los nuevos pliegos por razones de interés público, pues, por los motivos expuestos anteriormente, de no establecer esta aportación inicial, que resulta de la imprevista interrupción del contrato sin haber transcurrido un tercio de su duración, se vería necesariamente afectada la capacidad inversora de esta Administración municipal para ejercicios futuros, dado el montante pendiente de amortizar. Podría verse también afectado el equilibrio en términos de estabilidad presupuestaria, salvo que se adopten importantes medidas de reequilibrio.

## Caso 2

De cara a conocer la viabilidad y fundamento jurídico de tal decisión, se le solicita informe al respecto y, en concreto, sobre los siguientes extremos de manera sucinta y justificada:

1. Marco jurídico constitucional y legal en el que sustentaría la reclamación.
2. Legitimación activa de los particulares y del ayuntamiento.
3. Prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial para los particulares y para el ayuntamiento.
4. Requisitos que debieron cumplir los particulares que pudieran reclamar en concepto de responsabilidad del Estado-legislador. ¿Era preceptivo haber alegado la inconstitucionalidad del precepto en el primer recurso que plantearon ante los órganos jurisdiccionales contenciosos-administrativos para que prosperara, posteriormente, la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial?
5. Órgano encargado de resolver y recursos posteriores en el caso de la acción ejercitada por el ayuntamiento, en su caso.
6. Cumplimiento del resto de requisitos (antijuridicidad, individualización del daño, relación de causalidad y otros que se considere necesario resaltar conforme a la normativa de aplicación) en el caso del procedimiento de reclamación de responsabilidad por el ayuntamiento.

## Solución

### Caso 1

1. ¿Podrían plantearse las cuestiones 2, 3 y 4, que se enumeran a continuación, en consulta, a la Junta Consultiva de Contratación?

El artículo 328.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) señala que «la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal», y, en su apartado 3.º, letra c) señala que es competente para «informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración y, con carácter preceptivo, sobre todas las disposiciones normativas de rango legal y reglamentario en materia de contratación pública de competencia estatal».

El artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, que regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, señala que «la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, tiene el carácter de órgano consultivo de la Administración del Estado de sus organismos autónomos y demás entes públicos estatales, en materia de contratación administrativa y ejerce, además, las funciones que la legislación vigente le atribuye en orden a la clasificación de los contratistas, a la elaboración de los índices oficiales a efectos de la revisión de precios en los contratos y respecto del Registro de Contratos». En concreto en el artículo 2 se concretan estas funciones.

Por su parte, el artículo 17 del mencionado texto legal determina que «la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor general de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa.

Igualmente podrán solicitar informes de la Junta los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y los Presidentes de las Entidades locales [este es el caso en que nos encontramos, por tanto, en principio, la alcaldesa está legitimada para la solicitud de informes en materia de contratación].

Los informes se trasladarán a los órganos que los hubieren solicitado, por conducto del Presidente de la Junta. Cuando este considere que revisten interés general, los pondrá también en conocimiento de los órganos de contratación.

Sin perjuicio de ello, los órganos de contratación y las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores de la contratación administrativa podrán elevar a

la Junta mociones en materia de su específica competencia, que serán informadas por la Secretaría de la Junta y sometidas al Presidente de la Comisión Permanente, por si estima que el interés del tema planteado justifica su consideración por el órgano correspondiente de la Junta. En caso contrario, la Secretaría trasladará su informe al órgano remitente».

El ayuntamiento plantea, además de lo que consta en las preguntas números 2 (Régimen jurídico del nuevo contrato y referencia a la tramitación del procedimiento, especialmente, a las especialidades del contrato en cuestión) y 3 (Situación jurídica en la que se encuentra el ayuntamiento una vez declarada judicialmente la nulidad de la adjudicación), la 4, consistente es si, tras la liquidación de una concesión de servicios anterior, resulta ajustado a derecho establecer en los nuevos pliegos de cláusulas administrativas particulares una cláusula que obligue al futuro adjudicatario a abonar al ayuntamiento un canon o aportación inicial por un importe equivalente al valor de los activos no amortizados durante el anterior contrato.

Se indica que el ayuntamiento pondría dichos activos a disposición del nuevo adjudicatario para su explotación. También especifican los hechos la forma jurídica que tomaría el ingreso y las condiciones en que la cláusula se establecería.

Antes de analizar las distintas cuestiones, debe recordarse que la Junta Consultiva solo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de la LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, como es el planteado en las cuestiones 2 (Régimen jurídico del nuevo contrato y referencia a la tramitación del procedimiento, especialmente, a las especialidades del contrato en cuestión) y 3 (Situación jurídica en la que se encuentra el ayuntamiento una vez declarada judicialmente la nulidad de la adjudicación).

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados o el informe preceptivo de los pliegos.

Por tanto, los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronunciarán declarando los criterios de aplicación general en relación con las cuestiones sometidas a su consulta, correspondiendo a los servicios jurídicos del ayuntamiento o los servicios jurídicos correspondientes, informar sobre los aspectos concretos del caso.

Por lo expuesto, atendiendo a las competencias específicas de la Junta Consultiva, el informe se pronunciará respecto a la pregunta 4, en relación con la compatibilidad de la cláusula propuesta con la legislación en materia de contratación pública, excediendo de su

competencia el análisis de las cuestiones relacionadas con la interpretación de la normativa de régimen local o de otras cuestiones administrativas concretas. Por tanto, previo informe de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la comisión permanente desestimaré el planteamiento de estas cuestiones a la junta y la secretaria trasladará este informe al órgano remitente de la consulta.

Por ello, en relación con las preguntas 2 y 3 no es competencia, en principio, de la Junta de Contratación pronunciarse sobre ellas, al no ser de carácter general sino concretas, pero, sin duda, parece que sí lo sería para respecto a lo planteado en la pregunta 4 (sobre si sería ajustado a derecho establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del nuevo contrato de concesión de servicios una cláusula que estableciera la obligación del futuro adjudicatario de abonar al ayuntamiento, en el momento de la formalización del contrato en documento administrativo, un canon o aportación inicial, que tendrá carácter de ingreso afectado en la contabilidad pública para hacer frente a operaciones de capital, por un importe equivalente al valor de los activos que están pendientes de amortizar, y que este ayuntamiento pondría a disposición del nuevo adjudicatario), porque es de carácter general y podría tener una influencia esencial en futuros contratos donde se pudiera establecer dicha cláusula, y es conveniente, entre otros principios, por el de seguridad jurídica y certeza.

## 2. Régimen jurídico del nuevo contrato y referencia a la tramitación del procedimiento, especialmente, a las especialidades del contrato en cuestión

### a) Régimen jurídico

El régimen jurídico del contrato de concesión de servicios se contiene en el capítulo III del título II del libro segundo de la ley (arts. 284 a 297 LCSP). Pues bien, como se deduce de los artículos 285.2 y 287 de la LCSP, la prestación objeto de este contrato va a suponer la explotación de obras e instalaciones afectas al servicio (puesto que la obras ya fueron ejecutadas por la anterior contratista) y supone la transferencia del riesgo financiero del contrato a la contratista. Este es el caso que nos ocupa en esta situación. Estará sujeto a regulación armonizada si el valor estimado es igual o superior a 5.382.000 euros.

### b) Tramitación del procedimiento

### **Expediente de contratación**

Con independencia de los trámites generales comprendidos en los artículos 115 (consultas preliminares del mercado), 116 a 130 (tramitación del expediente de contratación) y 131 a 176 (normas sobre la adjudicación), y las específicas del contrato de concesión de servicios contenidas en los artículos 284 a 297: pliegos y anteproyecto de obra y explotación, ejecución del contrato de concesión de servicios, obligaciones generales, prestacio-

nes económicas, modificación y mantenimiento del equilibrio económico, cumplimiento y efecto, resolución y aplicación de las causas y subcontratación, podemos señalar algunas peculiaridades del caso que comentamos.

- **Objeto del contrato:** Prestación de los servicios de cementerio y tanatorio-crematorio en el referido municipio. Respecto del primero (el servicio de cementerio) es una competencia propia del ayuntamiento, a tenor de lo establecido en el artículo 25.2 k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, pero respecto al segundo (servicios de tanatorios) implica una actividad económica, que puede ejercitar, pero precisa que, con carácter previo, se tramite el expediente de municipalización previsto en el artículo 97 del Real Decreto-Ley 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, puesto que, en principio, no se trata de un servicio reservado al ayuntamiento, conforme al artículo 86 de la Ley 7/1985 (abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios).
- **Publicidad:** En estos contratos no existe anuncio de información previa. Por lo tanto, solo existe el anuncio de licitación, que denomina de concesión, y el de adjudicación (art. 31.1 directiva comunitaria). El plazo para enviar el anuncio de adjudicación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea es de 48 días (art. 32.1 directiva comunitaria), en lugar de los 30 días que figura en la directiva clásica para los contratos de obras, suministros y servicios.
- **Plazo para presentación de proposiciones:** Los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas, en función de la complejidad del contrato, y respetando los plazos mínimos fijados por la ley.

En procedimientos abiertos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 35 días, para los contratos de obras, suministros y servicios, y a 30 días para las concesiones de obras y servicios.

En los contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo no será inferior a 15 días. En los contratos de obras y de concesión de obras y concesión de servicios, el plazo será, como mínimo, de 26 días.

En el procedimiento abierto simplificado, el plazo no podrá ser inferior a 15 días. En los contratos de obras el plazo será como mínimo de 20 días. En el procedimiento abierto supersimplificado, no podrá ser inferior a 10 días hábiles. Cuando

se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles.

En el procedimiento restringido de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de las solicitudes de participación no podrá ser inferior a 30 días. En los contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo no será inferior a 10 días.

En el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento de diálogo competitivo, los plazos serán los mismos que en el procedimiento restringido.

- **Procedimiento de adjudicación:** Parece que el más indicado es el restringido. Pero puede ser el abierto o el negociado si estamos ante alguno de los supuestos de los artículos 167 o 168 de la LCSP, porque es cierto que el objeto del contrato es especial y técnico.
- **Tipo de tramitación:** Ordinaria justificación, en su caso, de la urgencia de la tramitación.
- **No procede lotes:** Es preciso la justificación de la no división en lotes (art 93. 3 LCSP). Se trata de la concesión de servicios de cementerio y tanatorio-crematorio, por lo que, por la propia naturaleza del contrato, existe una evidente conexión que justificaría su no división en lotes.
- **Necesidades a satisfacer:** Se concretan.
- **Publicidad en el perfil del contratante:** Poner localización.
- **Órgano de contratación:** Puede ser, dependiendo del valor estimado, el alcalde o el pleno (disp. adic. 2.<sup>a</sup> LCSP).
- **Regulación armonizada:** Según que el valor estimado sea igual o superior a 5.382.000 euros o no. Parece que sí, teniendo en cuenta que las inversiones realizadas hasta la declaración de nulidad judicial del anterior contrato se elevaron a la cantidad de 4.800.000 euros.
- **Plazo de ejecución:** Con arreglo al artículo 29.6 de la LCSP.
- **Prórroga:** Artículo 29 de la LCSP.
- **Garantía provisional:** No, generalmente.
- **Garantía definitiva:** Se fijará en cada caso por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en función de la naturaleza, importancia y duración de la concesión de que se trate (art. 107.4).
- **Seguros:** Sí. Descripción de las coberturas mínimas del seguro: El contratista deberá suscribir, además de las pólizas que correspondan a la actividad desarrollada, una póliza de seguro que cubra las posibles responsabilidades de todo tipo en las que pudiera incurrir como consecuencia de la prestación del servicio, incluyendo la responsabilidad civil por daños a terceros, tanto a personas como

a cosas, los incendios y cualquier otro daño de naturaleza análoga que pudiera producirse en las instalaciones, mobiliario, maquinarias o utillaje.

- **Prestaciones económicas:** Mediante este contrato se efectúa transferencia del riesgo operacional al concesionario (art. 15.2 LCSP). El contrato se compone de las siguientes prestaciones económicas, al menos: a) canon. Se establece un canon a abonar por el concesionario al ayuntamiento. Y b) tarifas. El concesionario gestionará el servicio a su riesgo y ventura, y su explotación económica la llevará a fin de manera diligente y optimizando los recursos disponibles. Percibirá como retribución las tarifas a abonar por los usuarios del servicio que hubieran sido autorizadas.
- **Presupuesto base de licitación:** A tenor del artículo 100.1 de la LCSP, se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, salvo disposición en contrario.
- **Valor estimado del contrato:** Anualidad media del contrato: XXX euros. El valor estimado del contrato es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.1 b) de la LCSP, el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido, que, según estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios. Se incluyen en el mismo los importes correspondientes a las posibles prórrogas y modificaciones previstas, en su caso.
- **Solicitud de participación y documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.**
- **Plazo de presentación de solicitudes de participación:** 15 días naturales.
- **Número mínimo y máximo de empresarios a los que se le invitará a participar:** En este procedimiento no hay limitación de participación, se invitará a todos los candidatos que cumplan los requisitos previos para participar.
- **Lugar de presentación de solicitudes de participación:** La presente licitación tendrá carácter electrónico, por lo que los licitadores deberán preparar y presentar obligatoriamente sus solicitudes de participación de forma electrónica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.
- **Documentación a presentar:** Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. Contenido del sobre n.º 1: a) Solicitud de participación (anexo). b) Documento europeo único de contratación (DEUC). c) Acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional en la forma establecida en el punto ... de este anexo. d) Acreditación de solvencia con medios externos. Sobre 2: Oferta económica.
- **Presentación de proposiciones por los candidatos previamente seleccionados:** Forma, plazo y lugar de presentación de ofertas.

- **Documentación a presentar en la fase 2 por los candidatos seleccionados:** La presentación de proposiciones.
- **Modificaciones del contrato previstas:** (Art. 204 LCSP). No procede, si procedieran, se determinan.
- **Persona responsable del contrato:** A los efectos del artículo 62 de la LCSP, se designa como persona responsable del contrato, al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, a ...
- **Subcontratación:** Solo podrán subcontratarse las prestaciones accesorias del contrato. La celebración de subcontratos estará sometida al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 215 de la LCSP y en el PCAP. Los licitadores deben indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.
- **Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo:** En el caso de que el servicio revierta a la Administración. El artículo 130 del citado texto normativo dispone que la subrogación deberá operar siempre y cuando le venga impuesta al adjudicatario de forma obligatoria, ya sea en virtud de una norma legal, por disponerlo un convenio colectivo o por un acuerdo de negociación colectiva que tenga eficacia general.
- **Deberes y obligaciones de la empresa contratista:** Las establecidas en la cláusula XXX del pliego de prescripciones técnicas (PPT).
- **Derechos y facultades de la empresa concesionaria:** Las establecidas en la cláusula XXX del PPT.
- **Derechos y facultades de la Administración:** Las establecidas en la cláusula XXX del PPT.
- **Penalidades:** Se concretarán los supuestos y, en su caso, la cuantía. Así, por ejemplo, 1) Por incumplimiento del horario de funcionamiento: XXX euros. 2) Por incumplimiento de disponer de hojas de reclamaciones para los usuarios y colocar en lugar visible cartel anunciador de la existencia de aquellas: XXX euros. 3) Por no mantener los aseos en las condiciones de limpieza e higiene exigibles: XXX euros, por cada día de incumplimiento.

### Reglas especiales al tratarse de cementerio y crematorio

Por supuesto, habrá que cumplir con la normativa específica para estas actividades, aunque en España, todos los aspectos relacionados con la sanidad mortuoria, a excepción del traslado internacional de cadáveres, entran dentro del marco competencial de las co-

munidades autónomas. Esto ha generado multitud de normas que, para evitar confusión, se han armonizado en una Guía de Consenso sobre Sanidad Mortuoria, aprobada por el Consejo Interterritorial de Salud (en la Comisión de Salud Pública de 24 de julio de 2018).

Entre los requisitos para hornos crematorios, los prestadores de servicios funerarios podrán ejercer la actividad siempre que cumplan los servicios ofertados, para lo cual deberán:

- Estar registrados en el registro/censo de empresas funerarias de cada comunidad autónoma.
- Informar a los destinatarios de los servicios sobre la tramitación administrativa que sea preceptiva.
- Disponer de los medios materiales necesarios y suficientes para atender los servicios ofertados y mantenerlos en buenas condiciones higiénico-sanitarias.
- Mantener las instalaciones y los servicios prestados en condiciones higiénico-sanitarias de limpieza y desinfección adecuadas.
- Contar con personal debidamente formado en la materia.
- Cumplir con la normativa de sanidad mortuoria correspondiente de cada comunidad autónoma y disponer de un registro de los servicios prestados.

Finalmente señalar que otras normas relativas a la protección del medio ambiente, urbanismo, contaminación, ruidos y, en general, actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, que son, casi siempre, competencias compartidas por el Estado y comunidades autónomas deberán ser respetadas y unidas al expediente de contratación para que los pliegos de cláusulas particulares o de prescripciones técnicas particulares las recojan como de obligado cumplimiento, bien de forma general o por remisión a las respectivas normativas, o bien de forma más específica.

### 3. Situación jurídica en la que se encuentra el ayuntamiento una vez declarada judicialmente la nulidad de la adjudicación

En los supuestos de extinción del contrato por transcurso del plazo o cualquier otra causa de resolución, lo normal es que el servicio revierta a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Pero, como indica los hechos, en este caso no fue posible cumplir íntegramente el plazo descrito en la concesión, pues fue anulada la adjudicación mediante una resolución judicial que declaraba la existencia de una causa de nulidad insubsanable (en la actualidad, estas causas de nulidad se contemplan en el art. 39 de la LCSP, en relación con el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común –LPAC–).

Esta resolución produjo el efecto de que, conforme al artículo 42.1 de la LCSP, y por un elemental principio del derecho, el contrato entrase en liquidación, surgiendo la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo. Si esto no fuese posible, como ocurre en el presente caso, porque existe la obligación de reversión, se devolverá su valor. En este caso, por lo realizado por el concesionario anterior respecto a la totalidad de las obras que debían ser amortizadas a lo largo del periodo de vigencia previsto contractualmente para la concesión, la ruptura de este periodo de amortización le supone un perjuicio evidente, perjuicio que ha de ser debidamente indemnizado, conforme al citado artículo 42 de la LCSP.

También es de resaltar que la Administración pudo hacer uso de lo previsto en el artículo 42.3 de la LCSP: «Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio».

4. ¿Sería ajustado a derecho establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del nuevo contrato de concesión de servicios una cláusula que estableciera la obligación del futuro adjudicatario de abonar al Ayuntamiento de Almería, en el momento de formalización del contrato en documento administrativo, un canon o aportación inicial, que tendrá carácter de ingreso afectado en la contabilidad pública para hacer frente a operaciones de capital, por un importe equivalente al valor de los activos que están pendientes de amortizar y que el ayuntamiento pondría a disposición del nuevo adjudicatario? Todo ello sin perjuicio del canon o participación en la explotación que pudiera establecerse entre los criterios de adjudicación

Estos activos van a estar afectos a la nueva explotación, minorando una de las obligaciones incluidas en la anterior concesión, la construcción de las instalaciones, y todo ello en beneficio del nuevo concesionario.

Por ello, en la configuración del nuevo contrato de concesión de servicios pueden tenerse en cuenta las consecuencias que derivan de la extinción del primer contrato, especialmente en lo que se refiere a la situación de las obras e instalaciones necesarias para la prestación del servicio.

Como es lógico, la situación común en la extinción de este tipo de contratos consiste en su terminación normal por el transcurso del plazo, lo que implica, respecto de la realización y explotación de obras, lo siguiente:

- La construcción íntegra de las obras conforme al proyecto de construcción (art. 287.1 LCSP).

- La amortización sucesiva durante el periodo de ejecución del contrato.
- La reversión de las obras a la Administración debidamente terminadas y completamente amortizadas.
- Si se va a celebrar un nuevo contrato de similar objeto, la inclusión de estos activos, ya amortizados, en la futura concesión.

En casos como el que se nos ha planteado se produce, por el contrario, la terminación anticipada del primer contrato por causa imputable a la Administración, ocurriendo que las obras, aun estando concluidas, no están completamente amortizadas. Pues bien, en caso de culpa de la Administración contratante, como es el caso, puesto que se declaró la nulidad del contrato por la omisión del procedimiento previo de municipalización del servicio, conforme al artículo 97 del TRRL, la reversión se ha de realizar, conforme al artículo 295 de la LCSP, con la obligación de abonar al concesionario, en todo caso, el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos si se hubiera producido y, en su caso, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización.

Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión. (La amortización lineal es el método más utilizado y el que permite calcular de forma sencilla el valor de un activo a lo largo de su vida útil. Con esta fórmula de amortización, se puede conocer el importe anual que se va amortizando del activo, lo que se conoce como la cuota de amortización anual). Si la Administración va a tener que abonar una cantidad como consecuencia de la asunción de unas obras que formaban parte de la concesión inicial, y si el nuevo concesionario se va a ver beneficiado por la explotación de las nuevas obras durante la vida de la concesión, reduciendo la carga que para el mismo representa con respecto al primer contrato, resulta razonable que se repercuta al nuevo concesionario el valor de los activos que le aporta y que no ha tenido que ejecutar como parte del objeto de la prestación.

Lógicamente, corresponde valorar al órgano de contratación la forma en que se complete la financiación de la amortización pendiente de las obras con arreglo a los criterios de eficiencia en la utilización de los fondos públicos y dentro de los límites establecidos en la normativa de estabilidad presupuestaria.

En este caso, resulta posible su integración dentro del nuevo contrato de concesión de servicios del que formen parte.

En efecto, al amparo del principio de libertad de pactos (nuestro Código Civil regula la teoría general de los contratos en el título II «De los contratos», dentro de su libro IV «De las obligaciones y contratos» (del art. 1254 al art. 1314), siendo la base de la teoría general de los contratos en nuestro Derecho el principio de la autonomía de la voluntad.

El principio de libertad contractual, o ejercicio de la autonomía de la voluntad, implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses que las par-

tes desean establecer en sus relaciones contractuales. Pero es preciso señalar que esta libertad contractual no es plena e ilimitada, sino que tiene unos límites que deben ser respetados en todo caso. Así, el artículo 1.255 del CC señala que: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Pues bien, adentrándonos ya en la propia normativa de contratos del sector público (Ley 9/2017, de contratos del sector público), el artículo 34 regula la libertad de pactos como sigue: «1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración».

Por ello, es posible que en pliego se prevea que las obras no amortizadas completamente se integren en el contrato de concesión a cambio de su valor, estableciendo como compensación un canon o aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante por una cantidad equivalente a dicho valor.

Si las obras o instalaciones mencionadas constituyen un activo indispensable para la prestación del servicio, y teniendo las mismas un valor residual derivado de su grado de amortización parcial, cabe establecer una cantidad a favor de la Administración o poder adjudicador correspondiente como compensación de su puesta a disposición del nuevo concesionario.

Cabe recordar, en este punto, que el artículo 285.1 b) de la LCSP permite que el concesionario asuma, entre las obligaciones establecidas en el pliego de la concesión, la de pagar un canon o participación a la Administración concedente. Por otro lado, hay que tener en cuenta también que, de no procederse del modo que se ha descrito, habría que considerar las obras puestas a disposición del nuevo concesionario como una aportación no dineraria del órgano de contratación por el citado valor (art. 266.2 LCSP), con las consecuencias que en cada caso pudiera aparejar esta circunstancia. Señala el citado precepto:

Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de las obras, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse, en todo caso, lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten.

De conformidad con lo anteriormente expuesto cabe concluir que, en un caso como el presente, resulta completamente razonable que el nuevo concesionario asuma la financiación parcial de las obras integradas en la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en el ar-

título 265.1 de la LCSP, que señala que «las obras objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo operacional en los términos definidos en el apartado cuarto del artículo 14».

Lógicamente, su valor debe computarse a los efectos de la determinación de la contraprestación económica a percibir por el concesionario y, en su caso, en el cálculo de las tarifas a abonar por los usuarios del servicio (art. 289 LCSP), de acuerdo con los estudios de viabilidad o económico-financieros que procedan.

Por todo ello, podemos concluir señalando:

- De acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan a disposición del nuevo concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante.
- Dicha aportación inicial deberá ser tenida en cuenta a los efectos de la determinación de la contraprestación económica a percibir por el concesionario y, en su caso, en el cálculo de las tarifas a abonar por los usuarios del servicio.

## Caso 2

De cara a conocer la viabilidad y fundamento jurídico de tal decisión, se le solicita informe al respecto y, en concreto, sobre los siguientes extremos de manera sucinta y justificada:

### 1. Marco jurídico constitucional y legal en el que sustentaría la reclamación

Con respecto al marco jurídico constitucional de la reclamación, se encontraría en varios preceptos, de forma directa e indirecta. Así:

- a) El artículo 1.1 de la CE, que proclama el Estado democrático de derecho. Este modelo de Estado presupone el respeto a unos principios básicos, como es el de legalidad y responsabilidad de los poderes públicos (y las diversas Administraciones lo son), y la posibilidad de control, tanto político como, especialmente, jurídico a través de los diversos tribunales de justicia y, en su caso, del propio Tribunal Constitucional, cuando vulneren algunos de esos principios básicos.

- b) El artículo 164 de la CE, que señala que «las [sentencias] que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». Esto significa que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional produce efectos *erga omnes*, frente a todos. No hay que olvidar que toda esta cuestión surge por la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del TRLHL, que se señalan en el relato de hechos, que, en su momento, habría supuesto un pago al ayuntamiento por parte de terceras personas por el impuesto de incremento de valor del terreno de naturaleza urbana, y que tal declaración obligó al ayuntamiento a la devolución de dichas cantidades con los intereses correspondientes. A partir de ese momento es cuando se producen las reclamaciones al ayuntamiento y, abonadas las cantidades por parte de este, no cabe duda de que puede reclamarse por responsabilidad del Estado-legislador, que fue el que redactó los preceptos que, con posterioridad, fueron anulados por parte del Tribunal Constitucional.
- c) El artículo 9 de la CE, que señala:

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. [...]

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial, y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial del legislador, sino que es una alusión inequívoca al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual, como ejercientes de un poder de otro, deben «dar cuenta» a este de su gestión y responder de la objetividad de la misma. Es, en este sentido, como vamos a ver, un principio que apareció en los primeros documentos estrictamente constitucionales de la historia, en la Revolución americana y en la Revolución francesa, y que recogerá luego nuestra primera Constitución, la de Cádiz de 1812. La responsabilidad a que el precepto alude es, pues, la general de los gobernantes y titulares de cualquier poder público, y se manifestará en múltiples aspectos: responsabilidad política, ante las cámaras y ante los electores, responsabilidad criminal, responsabilidad contable, también, eventualmente, responsabilidad civil por los daños que los titulares de los oficios puedan causar ejercitando estos, y responsabilidad moral por los aciertos y los desaciertos de la gestión.

d) El artículo 106 de la CE, que determina:

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.
2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Es este el tipo de responsabilidad posible a que se refiere el caso y, por tanto, en la que se va a profundizar en los artículos siguientes.

El marco jurídico legal vendrá constituido, de forma especial, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público (LRJSP), en cuanto a los aspectos materiales, y por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, respecto al procedimiento.

e) El artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE: Es competencia exclusiva del Estado «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».

Podemos destacar, en este caso, los siguientes preceptos:

a) Artículos 32.1, 2, 3, 4, 8 y 9 y 34 de la LRJSP:

- Artículo 32: Principio de la responsabilidad (supuesto generador, requisitos del daño, responsabilidad del Estado-legislador y lesión por declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, órgano competente y procedimiento).
- Artículo 34.1, 2, 3 y 4: La indemnización (daños indemnizables, plazo para el ejercicio de la acción por inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, criterios para el cálculo, día a tener en cuenta para la indemnización y posibilidad de sustitución por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos).

b) Las normas de procedimiento de la Ley 39/2015, LPAC, especialmente los artículos 54 y siguientes, con carácter general, y de forma específica, para este tipo de procedimientos, los artículos:

- 65, referido a las especialidades en el inicio de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial;
- 67, referido a las solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial;

- 86, referido a la posibilidad de terminación convencional;
- 91, referido a las especialidades de la resolución en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial; y
- 92, referido a la competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

c) Derecho comunitario y Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El derecho comunitario tiene primacía sobre el derecho nacional para poder garantizar su uniformidad en todos los Estados miembros. Por otra parte, el derecho comunitario tiene autonomía con respecto al derecho interno de los Estados. En este caso, existe la Sentencia de 28 de junio de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que afecta a los requisitos exigidos por la legislación española para exigir este tipo de responsabilidad del Estado-legislador.

El artículo 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial señala que «los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

El principio de primacía del derecho de la Unión se ha desarrollado con el paso del tiempo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aunque no esté consagrado en los tratados de la UE, existe una breve declaración anexa al Tratado de Lisboa a este respecto.

En *Van Gend en Loos/Administración Tributaria neerlandesa* (asunto 26/62), el tribunal sentenció que el derecho adoptado por las instituciones de la Unión Europea genera derechos jurídicos que pueden ser exigidos tanto por personas físicas como jurídicas ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Por lo tanto, el derecho de la Unión tiene un efecto directo.

En *Costa/ENEL* (asunto 6/64), el tribunal se basó además en el principio del efecto directo y señaló que los tratados se verían socavados si el derecho de la Unión pudiera subordinarse al derecho interno.

## 2. Legitimación activa del ayuntamiento

En relación con esta cuestión, lo primero que debe señalarse es que los artículos 106.2 y 32 de la LRJSP reconocen ese derecho a ser indemnizado a «los particulares», por lo que cabría cuestionar si la Administración local puede tener la consideración de «particular» a estos efectos. La respuesta a esta primera pregunta debe ser afirmativa, porque una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que la referencia legal a «los particulares» no se realiza para contraponer a las personas privadas frente a las jurídico-públicas, y «la condición de perjudicado puede concurrir en una relación interadministrativa, por lo cual nada impide que pueda entrar en juego la necesidad de restitución del perjuicio ocasiona-

do, cuando no exista, por parte de una Administración pública, la obligación de soportarlo y los demás presupuestos de la institución».

Por otro lado, no cabe duda de que el ayuntamiento tiene la condición de interesado, conforme al artículo 4.1 a) de la LPAC, para el recurso administrativo, y 19.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues es titular de un derecho legítimo, al haber sufrido un perjuicio económico derivado de la devolución que ha debido efectuar respecto a los que le pagaron en concepto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional los artículos mencionados en el relato de hechos.

Por si no fuera suficiente, el interés legítimo a que se refieren los citados preceptos, como fundamento de la legitimación activa, es la condición que reúne la persona para ser parte en el proceso, consistente en tener interés personal, individual o colectivo, distinto de la situación jurídica que otros ciudadanos puedan tener respecto de la misma cuestión.

### 3. Prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial para los particulares y para el ayuntamiento

#### a) Particulares

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

El artículo 32 de la LRJSP señala que:

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

[...]

4. 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.

[...].

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

También es importante destacar lo establecido en el artículo 34.1, segundo párrafo, en el sentido de que

en 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.

Lo primero que debemos significar es que la STJUE de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20 (NFJ086708), declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad, al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la LRJSP, al suponer una excesiva carga y dificultad para exigir este tipo de responsabilidad. Por ello, aunque los preceptos no se han modificado, los tribunales de justicia, con base en esta sentencia están aligerando los requisitos o cargas exigidos para la exigencia de esta responsabilidad.

Precepto que sirvió de base a las reclamaciones de los particulares es el citado artículo 32, en sus párrafos 3 a), 4 y 6, y con base en ellos solicitaron la devolución de lo pagado al ayuntamiento, en concepto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU), cuyos artículos del TRLHL, que sirvieron de fundamento, fueron declarados inconstitucionales.

En cuanto al plazo de reclamación, habrá que acudir a la Ley 39/2015, LPAC, que en su artículo 67, apartado 1, señala:

El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Siguiendo lo establecido en el citado artículo 67, apartado 1 de la LPAC, en los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.

El artículo 67.1, párrafo tercero, de la LPAC dispone 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.

El plazo para la exigencia de la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador se inició al día siguiente de la publicación de la STC en el BOE, esto es, el día 16 de junio de 2017, pues aquella se publicó el día 15 de junio de dicho año y prescribía dicho plazo el día 15 de junio de 2017 –fecha en que se publicó la STC en el BOE–.

Pero, conviene precisar, en primer lugar, que la limitación de efectos de la declaración de inconstitucionalidad incluida en la STC 182/2021 (NCJ065794) –que fue la que, en realidad, declaró inconstitucional dichos preceptos del TRLHL– o cualquier otra en el mismo sentido, no puede suponer condicionante alguno a la hora de obtener una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial. Y ello, teniendo en cuenta que dicha declaración de inconstitucionalidad tan solo impide revisar las liquidaciones firmes del IIVTNU, y que lo que se pretende con la responsabilidad patrimonial no es la revisión de la liquidación, sino la obtención de una indemnización.

Así lo declaró el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 5.<sup>a</sup>, en sentencia de 16 de junio de 2021 (rec. núm. 8368/2019), afirmando que

el principio de seguridad jurídica no puede invocarse para 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.

En conclusión, el plazo de prescripción de un año para los particulares, conforme al artículo 67.1 de la LPAC, computaría desde la notificación de las sentencias firmes condenatorias al ayuntamiento para que devuelva lo cobrado en virtud del IIVTNU, cuyos artículos fueron declarados inconstitucionales, o sea, desde el mes de septiembre de 2022, y se extinguiría en el mes de septiembre de 2023.

#### b) Ayuntamiento

Con respecto a si se había producido el plazo de prescripción para que el ayuntamiento reclamara a la Administración General del Estado los 300.000 euros más los intereses de demora devengados devueltos a los sujetos activos o sustitutos que pagaron el IIVTNU, hemos de tener en cuenta que el plazo del año para reclamar no se iniciaba en este caso con la publicación de la STC en el BOE (15 de junio de 2017), sino que se iniciaría tras el pago a aquellos sujetos pasivos del impuesto ordenados por sentencias de los distintos juzgados y tribunales, que declararon nulas las liquidaciones realizadas en su momento, aplicando la sentencia de declaración de inconstitucionalidad (*actio nata* o iniciación del plazo para reclamar) .

Por tanto, en conclusión, el pago del año para reclamar esa indemnización por parte del ayuntamiento contaría a partir de la firmeza de aquellas sentencias que anularon el pago de los sujetos pasivos del impuesto. De otra forma, computar el plazo del año desde la publicación de la sentencia en el BOE (15 de junio de 2017) haría imposible la reclamación del ayuntamiento a la Administración General del Estado por responsabilidad patrimonial, toda vez que el relato de hechos nos indica literalmente: «Téngase que todas las sentencias condenatorias firmes contra el ayuntamiento han sido dictadas desde septiembre del año 2022 hasta el día de hoy» –junio de 2023–. Por tanto, la interpretación en sentido estricto produciría que el plazo para exigir la responsabilidad haría inviable al ayuntamiento la exigencia de la misma.

En resumen, el ayuntamiento disponía desde el mes de septiembre del año 2022 hasta el mes de setiembre del año 2023 para reclamar a la Administración General del Estado en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, porque era preciso que las sentencias estimatorias de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de los que pagaron en concepto de IIVTNU fueran firmes y, a partir de ahí, disponía del plazo de un año para reclamar la responsabilidad al Estado.

4. Requisitos que debieron cumplir los particulares pudieran reclamar en concepto de responsabilidad del Estado-legislador. En concreto, ¿deberían haber alegado la inconstitucionalidad de esos artículos del texto refundido de la Ley de haciendas locales de 2004 cuando recurrieron las correspondientes liquidaciones del IIVTNU?

En principio, debe acreditar los requisitos generales contemplados en el artículo 32 de la LRJSP, es decir, el daño, su antijuricidad, la inconstitucionalidad de los artículos del texto

refundido 2/2004 (TRLHL), la relación de causalidad y la ausencia de fuerza mayor o culpa de un tercero o de la víctima en la producción del daño. En este caso, todos ellos son de fácil acreditación.

Pero a nadie se le escapa que el principal hándicap con el que cuentan los contribuyentes, a la hora de reclamar la responsabilidad patrimonial, son algunos de los exigentes requisitos previstos en el artículo 32.4 de la LRJSP.

En primer lugar, haber reaccionado frente al daño, recurriendo la liquidación de la plusvalía municipal o rectificando la autoliquidación, hasta obtener una sentencia judicial firme desestimatoria. En segundo lugar, haber alegado en su recurso la inconstitucionalidad finalmente declarada.

El cumplimiento del primer requisito es relativamente sencillo. Y es que son muchos los contribuyentes que impugnaron la plusvalía municipal llegando a obtener una sentencia judicial firme desestimatoria.

Sin embargo, son pocos los que, en un momento tan temprano (hablamos normalmente de 2018, 2019, 2020... y, finalmente, la sentencias que anulaban las liquidaciones se dictaron desde el mes de septiembre de 2022 hasta este momento, 12 de junio de 2023), alegaron la inconstitucionalidad del impuesto finalmente declarada. Por ello, considero que la exigencia de tal requisito, en el caso concreto del impuesto de plusvalía municipal, es contrario a la STJUE de 28 de junio de 2022.

Finalmente, en cuanto a la función del tribunal, el tribunal declarada la nulidad del acto o constatado que ha habido una omisión, en cuyo caso la institución imputada estará obligada a adoptar las medidas necesarias para acatar la sentencia del tribunal (art. 266 TFUE).

Como la Comisión Europea ha afirmado que todos los Estados miembros deben «respetar» las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque son «vinculantes, si se ha desestimado o no admitido la reclamación, incumpliendo lo dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnerando los principios de fiabilidad y efectividad proclamados en la STJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20 [NFJ086708])», sometiendo al recurrente a una carga excesiva para poder recurrir, se podría interponer ante ese tribunal un recurso contra el Estado español por incumplimiento de una obligación. Este tribunal tiene por misión «garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» (art. 19 TUE).

El TJUE se puede pronunciar al haber resuelto un recurso por incumplimiento (arts. 260, 263, 265 y 267): mediante este recurso el TJUE controla el respeto por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho de la Unión Europea. Este recurso puede interponerlo, bien la Comisión Europea, bien otro Estado miembro, que deberá someter el asunto previamente a la Comisión. Si el Tribunal de Justicia declara que

se ha producido un incumplimiento, el Estado de que se trate está obligado a adoptar las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento y, en caso de que la Comisión estime que no las ha llevado a cabo, podrá someter el asunto de nuevo al tribunal a fin de imponer al Estado incumplidor el pago de una sanción pecuniaria.

Estos recursos son interpuestos, bien por la Comisión, tras un procedimiento previo (art. 258 TFUE) –oportunidad de que el Estado presente sus observaciones y dictamen motivado–, o bien por un Estado miembro contra otro, después de haber sometido el asunto a la Comisión (art. 259 TFUE).

Si bien no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los jueces nacionales al derecho de la Unión Europea (STC 75/2017, FJ 2.º), el Tribunal Constitucional ha afirmado que

le corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (FJ 5.º c); el desconocimiento y preterición de una norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, «puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5.º y 6.º)» (FJ 5.º c), y, finalmente, prescindir por «propia, autónoma y exclusiva decisión» del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (FJ 6.º b) (STC 31/2019, FJ 4.º, reproduciendo la doctrina sentada en la STC 232/2015).

#### Vulneración del principio de efectividad

En este punto conviene hacer referencia a la STJUE de 28 de junio de 2022, que se ha pronunciado sobre este mismo requisito (previsto en el artículo 32.5 de la LRJSP), en su reciente sentencia de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20 [NFJ086708]), pronunciándose sobre el artículo 32.5 de la LRJSP.

Y ello, como ha indicado algún sector doctrinal, declarando que

sin embargo, debe señalarse, a todos los efectos, que el hecho de exigir que el particular perjudicado haya invocado, desde la fase previa del recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, y que tiene por objeto evitar dicho daño o limitarlo, la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada, so pena de no poder obtener la indemnización del perjuicio sufrido, puede suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad. En

efecto, en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prevenir qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia.

Dicha vulneración del principio de efectividad cobra especial trascendencia en materia de plusvalía municipal, teniendo en cuenta que sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (sentencias núms. 59/2017 [NCJ062411] y 126/2019 [NFJ075398]) y del Tribunal Supremo (a partir de la sentencia de 27 de marzo de 2019, rec. núm. 4924/2017 [NFJ073056]), habían declarado la legalidad y constitucionalidad de la fórmula de cálculo del impuesto.

### **STC 59/2017, de 11 de mayo (NCJ062411)**

Así, el Tribunal Constitucional, respecto a la inconstitucionalidad de esos preceptos reguladores del impuesto, en Sentencia 59/2017, de 11 de mayo, declaró que

siendo constitucionalmente admisible que «el legislador establezca impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica, estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza», bastando con que «dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo», ello debe hacerse sin que en ningún caso pueda «establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia» (SSTC 26/2017, FJ 3.º [NCJ062176]; y 37/2017, FJ 3.º [NFJ066091]).

Por esta razón precisamos a renglón seguido que, aun cuando «es plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto», sin embargo, «una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal» (STC 26/2017, FJ 3.º [NCJ062176]).

### **STC 126/2019, de 31 de octubre (NFJ075398)**

Y la sentencia núm. 126/2019 (NFJ075398), de 31 de octubre, declaró que

la misma STC 59/2017 declaró también plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas

potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto por el contribuyente (fundamento jurídico 3). El fundamento del tributo no es, entonces, gravar el incremento «real» provocado por el titular del terreno por diferencia entre unos precios de venta y compra, sino gravar el incremento de valor del terreno derivado de la acción urbanística del municipio (art. 47 CE, informe de la Dirección General de Tributos de fecha 16 de abril de 2019 y sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 2001).

No se trata de gravar la «capacidad de pago» exteriorizada con la ganancia patrimonial por diferencia entre un precio de venta y un precio de compra (capacidad económica real), sino el beneficio recibido por el contribuyente durante un período de tiempo por la actuación de la corporación local calculado de forma objetiva; esto es, sin atender al efecto mercantil de obtención de renta (capacidad económica potencial). En definitiva, la regulación general del tributo no somete a tributación *per se* a situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica.

### **STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 2019**

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de marzo de 2019 ya había declarado que

no hay que olvidar que esta fórmula ya estuvo vigente en la legislación anterior, y fue sustituida por la actual, no habiéndose declarado inconstitucional, salvo que se pruebe la inexistencia de incremento del valor de los terrenos con su aplicación, lo que aquí no ocurre, y ni siquiera se intenta, y aunque la fórmula propuesta por la sentencia recurrida pueda ser una opción legislativa válida constitucionalmente, no puede sustituir a la establecida legalmente, por lo que el recurso ha de ser estimado, y anulada la sentencia por otra que desestime el recurso contencioso-administrativo.

Por tanto, cabe plantearse si realmente, con esos precedentes, tiene algún sentido que los contribuyentes, al presentar la demanda, o el día de la vista judicial (procedimientos abreviados), tuvieran que alegar la inconstitucionalidad del sistema objetivo de cálculo del IIVTNU. Ello, teniendo en cuenta que su adecuación a derecho, y a nuestra Constitución, había sido confirmada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

#### Vulneración del principio de fiabilidad

Ello nos lleva a invocar el principio de fiabilidad, en virtud del cual no se puede imponer a los administrados la obligación de dudar y cuestionar la legalidad y constitucionalidad de las leyes emitidas por el legislador. Máxime, en materia de plusvalía, cuando estas han sido confirmadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, como se ha indicado.

En relación con el principio de fiabilidad el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de junio de 2021 (rec. núm. 8368/2019), ha declarado 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 esta 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.

Y en la sentencia más antigua de 14 de julio de 2010 (rec. núm. 21/2008 [NFJ055241]), que

No era exigible a la recurrente, tal cual pretende el Abogado del Estado, que hubiere impugnado la autoliquidación del IVA en el momento de su realización, ya que aquella se llevó a cabo conforme a la legalidad interna entonces vigente.

Teniendo en cuenta lo anterior, y por aplicación directa de los principios de efectividad y fiabilidad, parece que no puede imponerse a los contribuyentes la obligación de haber alegado la inconstitucionalidad del sistema objetivo de cálculo finalmente declarada, teniendo en cuenta que la legalidad y constitucionalidad de la fórmula de cálculo había sido confirmada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo.

Antes de la STJUE, cuando el Tribunal Constitucional declaraba inconstitucionales artículos de una norma legal que imponía pagos, en concepto tributarios, lo que hacía el interesado era instar la revisión de oficio –que se puede hacer en cualquier momento– para actos nulos prevista en el artículo 106.1, y ahí ya expresaba la inconstitucionalidad del acto administrativo. Posteriormente, revisado el acto, solicitaba la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

## 5. Órganos encargado de resolver y recursos posteriores, en su caso

En el caso de los particulares, como la normativa local nada dice al respecto hay que acudir a la cláusula residual del artículo 21.1 s), que señala que corresponden al alcalde «las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales». Siempre que no se exija una intervención del pleno para disponer de la cantidad que se deba indemnizar por razón de su cuantía o porque no haya crédito disponible, en cuyo caso, hay que afrontar una modificación presupuestaria, competencia del pleno para su aprobación.

Posteriormente, puede interponerse recurso de reposición potestativo o directamente recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo (arts. 123 y 124 LPAC y 8 LJCA).

La presente reclamación debe interponerse ante el órgano competente para su resolución, que es el Consejo de Ministros. Ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 92 de la LPAC, cuando dispone que

en el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga.

En este punto, hay que tener en cuenta que la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha sido cedida al Ministerio de Hacienda. De hecho, la presentación telemática de estas reclamaciones debe hacerse a través de la web del Ministerio de Hacienda.

Además, y como se ha indicado al principio de esta exposición, la reclamación debe interponerse dentro del plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 67.1, párrafo tercero, de la LPAC. Y es que, dispone dicho precepto 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.

Pero, en este caso, para el ayuntamiento, el plazo se computa desde la firmeza de las sentencias que obligaron a devolver las cantidades recibidas de los sujetos pasivos de II-VTNU, que es cuando se manifestó el daño para aquella corporación, o sea, desde septiembre de 2022, y vencía el plazo en el mes de septiembre de 2023.

Respecto a los recursos pertinentes:

- a) Respecto de los particulares podrían interponer, potestativamente, bien el recurso de reposición en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial (arts. 123 y 124 LPAC) y, resuelto este, expresa o presuntamente, recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso administrativo (art. 8 LJCA), en el primer caso, en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución (art. 46 LJCA), o bien, directamente recurso contencioso-administrativo. Contra la sentencia del juzgado cabría recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, si excede la cuantía de 30.000 euros (art. 81.1 LJCA) o si declarara la inadmisión del recurso en el supuesto de que la cuantía excediera de 30.000 euros (art. 81.2.a LJCA). Contra la sentencia cabría recurso de casación si se dieran los requisitos exigidos en los artículos 86 y siguientes de la LJCA. Fi-

nalmente, cabría la revisión de la sentencia si concurriera algún supuesto de los contemplados en el artículo 102 de la LJCA.

- b) En cuanto a los recursos procedentes contra la decisión del Consejo de Ministros cabría recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución desestimatoria, en su caso (art. 12 LJCA). Finalmente, cabría la revisión de la sentencia si concurriera algún supuesto de los contemplados en el artículo 102 de la LJCA.

## 6. Cumplimiento del resto de requisitos para la exigencia y procedencia, en su caso, de la responsabilidad patrimonial

Aclarado ya lo relativo al plazo para el ejercicio de la acción por parte del ayuntamiento para ejercer la acción en concepto de responsabilidad patrimonial, analizamos el resto de los requisitos.

### a) Antijuricidad

El artículo 34.1 de la LRJSP establece, en su primer párrafo, que «solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Son antijurídicos los daños sufridos por los interesados (en este caso, el ayuntamiento) que no tienen la obligación de soportar y que pueden dar derecho a una indemnización. Por el contrario, existen otros daños, ocasionados como consecuencia de la prestación de un servicio o del desarrollo de una actividad pública, que los ciudadanos tienen la obligación de soportar, por tratarse de cargas inherentes a la propia prestación del servicio, y que no dan derecho a indemnización.

El daño o perjuicio sufrido por el particular solo será indemnizable si se trata de una lesión auténtica, esto es, un daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, conforme a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LRJSP, como es el caso que nos ocupa.

Cuando se habla de antijuricidad del daño no se refiere a que derive de una actuación ilegal, es decir, la antijuricidad no se predica de la actuación que da lugar a la responsabilidad –ya que además la responsabilidad se da tanto por el funcionamiento normal como anormal del servicio público, no siendo por ello preciso que la actuación sea incorrecta o contraria a la legalidad–, sino del daño en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar tales, al margen de la legalidad o de la corrección o no de la actuación causante de los mismos. Como se dice en la STS de 5 de febrero de 2007, con cita de otras muchas anteriores, «lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuricidad del resultado o lesión».

Como sabemos, es inusual el caso en que las normas estipulen de forma expresa los perjuicios que las personas tienen el deber jurídico de soportar, por lo que fuera de los casos en que las leyes permiten imponer una carga u obligación (impuestos, expropiación, etc.), la ausencia de antijuridicidad debe suponerse en general del ordenamiento legal.

Pero en realidad tenemos tres situaciones que deben ser diferenciadas y que obligan a soportar el daño:

- a) Cuando una norma establece una carga de cuenta del ciudadano. Se suele mencionar el ejemplo de los tributos. Aquí no estamos ante un «daño» antijurídico, pues es el propio ordenamiento jurídico el que lo autoriza o da pie a él. No hay un sujeto activo del daño, sino agentes del sistema jurídico que cumplen con las estipulaciones de este. No podemos perder de vista que una Administración no puede sentar ese tipo de cargas para los ciudadanos sin una norma legal que la habilite.
- b) Cuando una norma establece la obligación de la Administración de reparar ciertos perjuicios o daños padecidos por los ciudadanos. Puede tratarse de daños debidos a comportamientos antijurídicos de terceros (por ejemplo, delitos de terrorismo, ciertos delitos sexuales, etc.) o de daños no debidos a conductas antijurídicas de nadie, sino al azar o a fenómenos naturales, como terremotos, sequías, inundaciones, etc.

También aquí o bien falta el agente productor del daño antijurídico (caso de una inundación, un terremoto...) o no es el agente productor el que carga con esta compensación por el daño, sino que lo hace la Administración sin haberlo «causado» o al margen completamente de toda disquisición sobre causación.

- c) En determinados supuestos no existe una norma que atribuya de modo directo a un ciudadano el deber de soportar una carga o perjuicio, pero sí hay una que descarga de ello a la Administración, pese a que una actuación de esta se inserta de modo relevante en la cadena causal, tal como suele este concepto ser entendido en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un ejemplo evidente es el del artículo 34.1 de la LRJSP:

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

- b) Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas

Está fuera de toda duda, puesto que el relato de hechos nos indica que el ayuntamiento, como consecuencia de la STC que anuló diversos preceptos del TRLHL sobre el IIVTNV,

tuvo que devolver a los sujetos pasivos o sustitutos que abonaron este impuesto un total de 300.000 euros, que, previamente, había recibido.

Este daño es fácilmente acreditable mediante la aportación al procedimiento puesto en marcha de las liquidaciones correspondientes al citado impuesto, que demostrarán la cuantía que recibió el ayuntamiento en virtud del citado impuesto y que, actualmente, debe devolver.

c) Título de imputación: funcionamiento anormal del servicio público

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad objetiva, ya que supone que no es estrictamente necesario que el daño a indemnizar sea realizado con culpa o ilegalidad; únicamente será necesario que el perjudicado no esté obligado por norma alguna a soportar el daño.

El funcionamiento normal del servicio público se produce cuando la Administración actúa de forma adecuada, es decir, conforme a los estándares exigibles al servicio público, sin que se le pueda imputar ningún incumplimiento de deberes, pese a lo cual pueden producirse daños como consecuencia de los riesgos inherentes a la prestación del servicio o actividad desarrollada. Sin embargo, en este caso, es evidente que se produjo un funcionamiento anormal de los servicios públicos, pues la STC puso de manifiesto que la regulación legislativa del impuesto a que nos venimos refiriendo, en los artículos declarados, fue contra la Constitución y, por ello, fue anulada, de manera que la actuación legislativa, de la redacción de dichos preceptos, debió producirse con un contenido ajustado a aquel texto legal, cuya supremacía material y formal sobre el resto del ordenamiento jurídico se deduce, en primer lugar, claramente del artículo 9.1, que señala que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y, en segundo lugar, el especial procedimiento de reforma contemplado en el título X de la misma, que la hace diferente respecto a cualquier otra ley.

A los fines del artículo 106.2 de la Constitución, la jurisprudencia (STS de 5 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995) ha homologado, como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función de cualquier tipo que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

d) Relación de causalidad

No cabe duda alguna de que fue la actuación indebida del Estado-legislador, al regular el impuesto con un contenido, en los artículos referidos a la sentencia, contrarios a la Constitución, lo que provocó que los sujetos pasivos o sustitutos del tantas veces citado impuesto debieran abonar al ayuntamiento el importe de las liquidaciones correspondientes. Con la declaración de inconstitucionalidad de esos preceptos surgió la obligación de este de devolver lo recibido por aquellos. Existe una relación directa entre aquella actuación y las consecuencias perjudiciales para la entidad local.

No existe, por otra parte, circunstancia ninguna que rompa ese nexo causal, tal como fuerza mayor, culpa de la víctima o culpa de un tercero.

**¿Tiene razón el Estado negando su responsabilidad porque el IIVTNU tienen carácter potestativo y, por tanto, era facultativo y no preceptivo u obligatorio para el ayuntamiento establecer dicho impuesto?**

Lo primero a comentar es que si el hecho de que el IIVTNU tenga naturaleza potestativa tiene relevancia para la estimación de una pretensión de responsabilidad patrimonial del Estado. En opinión generalizada de la doctrina, aunque es cierto que los ayuntamientos no están obligados a exigir el IIVTNU, no es menos cierto que la naturaleza potestativa del impuesto debería ser irrelevante a estos efectos, porque el Estado exige a los ayuntamientos el equilibrio presupuestario y les dota de los recursos financieros necesarios para su consecución, por lo que la decisión municipal sobre el establecimiento del impuesto no es totalmente libre, sino que está fuertemente condicionada por la necesidad de financiar el gasto público y cumplir los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Finalmente, podría cuestionarse la relevancia de que los porcentajes de cuantificación de incremento de valor previstos en la ley constituyeran un límite máximo que, en su caso, podría ser reducido en la ordenanza fiscal para acomodar la base imponible al incremento de valor real. Esta circunstancia creemos que resulta claramente irrelevante, porque la declaración de inconstitucionalidad deriva de la regulación legal del impuesto y proyecta sus efectos en todas las liquidaciones y autoliquidaciones tributarias basadas en el artículo 107 del TRLRHL, con independencia de que la ordenanza fiscal hubiera reducido con mayor o menor intensidad esos porcentajes máximos.

Por todo ello se considera razonable entender que el ayuntamiento que estuviera obligado a devolver las cuotas ingresadas por el IIVTNU podrá solicitar y obtener una indemnización a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, porque es evidente que habrá sufrido una lesión económica que no tenía el deber jurídico de soportar.

Es necesario señalar que existe algún precedente muy interesante que guarda una cierta similitud con el ahora planteado, como fue el reconocimiento del derecho del ayuntamiento a ser indemnizado por responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia del daño patrimonial soportado por la anulación de las liquidaciones de impuesto sobre bienes inmuebles de un BICE (bien inmueble de característica especial), debida a un error en la notificación del valor catastral realizada por la dirección general.

Por todo ello creemos que el daño patrimonial derivado de la devolución de las cuotas ingresadas en concepto de IIVTNU constituirá una lesión patrimonial que el ayuntamiento no estaba obligado a soportar, que podrá ser evaluado económicamente, acreditado e individualizado, existiendo una indudable relación de causa a efecto entre la actuación negligente del Estado-legislador y el dicho daño, por lo que concurrirían todos los requisitos legalmente establecidos para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 1, 9, 106. 149 y 164.
- Tratado de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957, art. 19.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957, arts. 258, 259, 362, 365 y 366.
- Ley Orgánica 2/2012 (de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera), arts. 3 y 4.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 85 y 86.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 19.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 54, 65, 67, 86, 91 y 92.
- Ley 40/2015 (régimen jurídico del sector público), arts. 32 y 34.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 35, 42, 265, 284 y ss., 287, 289, 295 y 328.
- Real Decreto Legislativo 2/2004 (TRLHL), arts. 107 y 110.
- STJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20 [NFJ086708]).
- SSTC núms. 39/2017 (NCJ062350), 59/2017 (NCJ062411), 145/2012 (NCJ057234), 232/2015 (NSJ052723), 75/2017 (NCJ062513), 31/2019 (NCJ063894), 126/2019 (NFJ075398) y 182/2021 (NCJ065794).
- SSTS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 1989; 22 de marzo de 1995; 14 de julio de 2010; 27 de marzo de 2019, rec. núm. 4924/2017 (NFJ073056), y 16 de junio de 2021, rec. núm. 8368/2019.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 28 de octubre de 2011 y de 20 de diciembre de 2019.