

Responsabilidad del Estado legislador por inconstitucionalidad posterior de una norma legal

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

Plantea este caso la posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en referencia a la Diputación Foral de Guipúzcoa, cuyo artículo de una ley, referente al impuesto sobre sociedades, fue declarado inconstitucional con posterioridad a que el interesado hubiera ingresado a su favor una cantidad en relación con dicho impuesto. Impugnada la liquidación fue confirmada y, posteriormente, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma que sirvió de base para la liquidación de impuesto. Solicitada reclamación, en concepto de responsabilidad patrimonial, fue denegada en vía administrativa y, en primera instancia, en vía contencioso-administrativa, por lo que acabó interponiendo recurso de casación que estimó su pretensión, pretendiendo la Administración indemnizar al interesado mediante la entrega de un inmueble patrimonial.

Palabras clave: responsabilidad del Estado legislador; inconstitucionalidad posterior de una norma legal; reclamación en concepto de responsabilidad; requisitos; procedimiento; indemnización en especie.

Fecha de entrada: 10-05-2021 / Fecha de aceptación: 28-05-2021

Enunciado

1. El Sr. XXX, viudo y con un hijo, transportista autónomo de mercancías por carretera, presentó, en periodo voluntario, declaración del impuesto sobre sociedades del ejercicio de 2007, acogiéndose al método de estimación objetiva por módulos para determinar el rendimiento neto de su actividad, girándose una liquidación –en aplicación del art. 30.2 de la Norma Foral de Navarra 00/00– por importe de 231.575,94 euros.

2. Interpuesto recurso contencioso-administrativo fue desestimado por sentencia –n.º 00/00, de 27 de noviembre– de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco.

3. En STC de 1 de diciembre de 2016, se declaró inconstitucional y nulo de pleno derecho el precitado artículo 30.2 de la norma foral, existiendo muchos otros contribuyentes que se encontraban en idéntica situación que el señor XXX.

4. En escrito presentado en la Diputación Foral el 15 de diciembre de 2017, el señor XXX dedujo reclamación de responsabilidad patrimonial –con base en la STC– por el importe de la liquidación, que fue desestimada por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de Guipúzcoa de 13 de marzo de 2018. En la misma fecha dedujo demanda de reclamación económica contra la Administración por el mismo importe ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente.

En el procedimiento tramitado y que finalizó con la resolución desestimatoria anteriormente indicada son de contratar las siguientes circunstancias:

- a) La notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento no fue cursada por el órgano administrativo que dictó el acuerdo, surgiendo la duda para aquel órgano si debe cursarla él en este caso y en todos los demás supuestos. Además, se cursó a los 15 días de dictado el acuerdo.
- b) Nada más iniciarse el procedimiento, a solicitud del señor XXX se produjo el fallecimiento repentino del mismo, por lo que la Administración archivó aquel. Enterao su hijo, presenta escrito ante la Administración solicitando la continuación del

procedimiento. La Administración le contesta que, para acceder a lo solicitado, es preciso acreditar la condición de heredero.

- c) En la legislación foral se recogía una indemnización adicional, en estos casos.
- d) En la solicitud de indemnización incluyó todos los gastos de asistencia jurídica y procesales que le habían supuesto acudir a la vía contencioso-administrativa, toda vez que, respecto a los mismos, en vía judicial, se había resuelto que cada parte procesal abonara los suyos. Igualmente, solicitó, como lucro cesante y daño emergente, la cantidad de 100.000 euros, porque como consecuencia del pago del IRPF tuvo que solicitar un préstamo a una entidad bancaria, presentando como aval los dos camiones de su propiedad con los que se dedicaba a la actividad de transporte. Al no poder afrontar los pagos pactados con el banco, este acabó solicitando el embargo de los mismos en vía civil, a lo que accedió el juez de 1.^a instancia competente. Todo ello le supuso que quedara en paro, encontrándose, en el momento de la reclamación, en la situación de paro.
- e) En un momento dado del procedimiento, el instructor del mismo requirió un 6 de junio al interesado para que presentara testimonio (copia adverada o autenticada) de la sentencia judicial que le había impuesto las costas causadas a su instancia para, en su caso, conocer el importe a afectos de la futura resolución del procedimiento, señalándole que tenía de plazo para presentarlo hasta el día 20 del mismo mes, hasta las 14,00 horas, señalándole que si no lo hacía, transcurrido el plazo marcado normativamente, declararían la caducidad del procedimiento.

5. Interpuesto recurso contencioso-administrativo tan solo contra la Administración, que fue la única que actuó como demandada en el proceso, fue desestimada en Sentencia n.º 000/00, de 2 de julio, de la Sección Tercera de la Sala de Bilbao.

6. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que desestimó la pretensión del recurrente y que asumió la Abogacía del Estado, se basó en los siguientes argumentos:

a) Que, en su momento procesal oportuno, no instó ni planteó la imprescindible cuestión de inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la ley foral, que era el modo en que exteriorizaba la inconstitucionalidad de la misma y que serviría de base a la posible reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad del Estado legislador.

b) Respecto a la cuestión de fondo y si concurrían los requisitos exigidos: que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, derivado de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la Orden 00/0000. En concreto, son dos los elementos cuya concurrencia no se dan en el presente supuesto.

El primero de los requisitos exige que el interesado haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso planteado contra la actuación administrativa

generadora del daño, alegándose la inconstitucionalidad de la norma. El segundo es el que hace referencia a la necesidad de que no hayan transcurrido más de cinco años entre la producción del daño y la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Boletín Oficial del Estado. Ninguno, en opinión de la sentencia, se cumplieron en el presente caso.

Con respecto al primer requisito, que es el introducido por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, este precepto tiene la siguiente redacción: «Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

De la lectura del precepto referido se desprende que la intención del legislador es la de acotar la responsabilidad de la Administración a aquellos supuestos en que el interesado haya reaccionado contra la actuación causante del daño por la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. No sería, pues, procedente reconocer tal responsabilidad en los casos en que, como el que ahora nos ocupa, el afectado ha dejado que el acto administrativo productor del daño haya ganado firmeza.

Esta sala entiende que el recurrente no cumplió con el requisito exigido por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 para poder reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

En relación con el segundo requisito, respecto del plazo de cinco años introducido por el artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, señala el precepto 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».

Resulta obvio que tampoco este requisito se ha cumplido y que había transcurrido el plazo, el exceso, establecido para la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Reconocida, finalmente, la responsabilidad patrimonial, es intención de la Administración entregar, en lugar de la indemnización solicitada, un inmueble patrimonial que no está inscrito en el Inventario General de Bienes y Derechos y, en la actualidad, adscrito al organismo autónomo MMM, que lo utiliza como sede del mismo, finalidad de la adscripción, en su momento. El presidente del organismo, además de oponerse a la decisión de la Administración alegando que es imposible realizar actos de gestión y disposición sobre bienes no inscritos en el inventario y que lo sigue precisando para sus fines, solicita información a la asesoría jurídica sobre otras opciones que tendría la Administración para proceder a lo que desea. El citado presidente del OA anuncia la interposición del oportuno recurso contencioso-administrativo si la Administración, finalmente, decide entregar el inmueble.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Qué recurso, en su caso, cabría contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco? ¿Estaba legitimado el señor XXX para interponerlo?
2. ¿Podría intervenir en el recurso de la pregunta anterior, si es que cabe alguno, la compañía aseguradora de la Administración? ¿Qué consecuencias podría acarrear la no intervención de aquella en el proceso contencioso-administrativo incoado?
3. En su opinión, si es así, ¿en qué puede consistir, en este caso, el interés casacional?
4. Analice las circunstancias ocurridas durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.
5. Realice un informe sobre si el recurso interpuesto por el interesado debe ser estimado o no y, en su caso, los correspondientes argumentos. Si rebata las razones alegadas por la Administración para la desestimación del recurso, indique y explique los fundamentos para ello.
6. Informe sobre las circunstancias del propósito de la Administración de entregar un inmueble al interesado, en lugar de la indemnización en dinero, así como sobre la intención del presidente del organismo autónomo de interponer recurso contencioso-administrativo si se entrega este inmueble al perjudicado.

Solución

1. ¿Qué recurso, en su caso, cabría contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco? ¿Estaba legitimado el señor XXX para interponerlo?

Al amparo del artículo 86 de la Ley 29/1998, Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA),

las sentencias dictadas en única instancia [...] por la Sala de lo Contencioso-administrativo [...] de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

[...]

3. Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho es-

tatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Y, según el artículo 88,

1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. ¿Podría intervenir en el recurso de la pregunta anterior, si es que cabe alguno, la compañía aseguradora de la Administración? ¿Qué consecuencias podría acarrear la no intervención de aquella en el proceso contencioso-administrativo incoado?

Sin duda alguna, la compañía aseguradora, que no fue emplazada como codemandada por el tribunal en el proceso contencioso-administrativo tenía legitimación para intervenir en el recurso de casación interpuesto por el interesado. Tenía legitimación pasiva y, por ello, debió ser emplazada en el proceso contencioso-administrativo instruido, puesto que el artículo 21.1 c) de la Ley 29/1998 señala que:

Se considera parte demandada:

[...]

c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

Este emplazamiento debió ser realizado por la propia Administración a tenor de lo previsto en el artículo 48.1 de la LJCA en el sentido de que:

El Secretario judicial, al acordar lo previsto en el apartado 1 del artículo anterior, o mediante diligencia si la publicación no fuere necesaria, requerirá a la Administración que le remita el expediente administrativo, ordenándole que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49.

Señala la LJCA, artículo 89.1, respecto al legitimado para interponer el recurso de casación, en concreto para su preparación, que el actor y apelante debe presentar escrito de preparación de recurso de casación, ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que fue el que dictó la sentencia (art. 89 1 LJCA), en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, en el cual, tras justificar el cumplimiento

de los requisitos relativos al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, deben identificar, como norma que consideraba infringida, el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, citando, como soporte del interés casacional del recurso el artículo 89.2 f) de la LJCA.

Por ello, lo mismo ocurrirá respecto a la legitimación pasiva hasta que finalice la última instancia a la que se puede recurrir y con independencia de si con anterioridad actuó o no, máxime cuando como, en este caso, no fue emplazada por el tribunal en el proceso.

Respecto a las consecuencias jurídicas de no haber sido emplazada en el proceso contencioso-administrativo instruido previamente, el artículo 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial señala que:

1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

2. Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la (sic) resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

En el caso que analizamos, el derecho vulnerado sería el de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y no pudo denunciar la citada vulneración porque no fue emplazado al proceso contencioso-administrativo.

Ahora bien, en el presente caso, la sentencia fue favorable a la Administración, puesto que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada. De manera que ni la Administración ni su compañía aseguradora sufrieron perjuicio alguno, luego carecían de legitimación para interponer recurso alguno contra una decisión jurisdiccional favorable. Sin embargo, puesto que el recurrente la impugna, sigue la compañía aseguradora ostentando la legitimación pasiva para intervenir en el proceso instruido como consecuencia del recurso de casación.

3. En su opinión, si es así, ¿en qué puede consistir, en este caso, el interés casacional?

El artículo 88.2 señala que el tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

- b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.
- c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso [puesto que en la misma situación del recurrente se encontraban otros muchos contribuyentes, según el relato de hechos].
- d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida [puesto que no se planteó por el Tribunal Contencioso Superior de Justicia, en su momento, la inconstitucionalidad de la norma].

Es el artículo 89.2 el que señala que:

El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna se encuentre en alguna de las situaciones a que se hace referencia en ese apartado, considerando el apartado 3 los supuestos en que se presume que existe interés casacional objetivo.

Ese apartado 3, entre otros supuestos, señala:

- a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia y b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

Precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar cuáles son los mecanismos que permiten dar por cumplido los requisitos estipulados en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto.

4. Analice las circunstancias ocurridas durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial

A) Cursó la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento un órgano administrativo que no dictó el acuerdo

No es preciso, y ninguna norma lo impone, que la notificación se curse por el órgano que dictó el acto; la excepción la constituye cuando se ordene un acto de ejecución material de resoluciones, en cuyo caso, el mismo órgano está obligado a notificar al interesado

la resolución que autorice la actuación administrativa (arts. 97 y SSTS 4 de abril de 1997 y 21 de enero de 1998).

Que la notificación no se cursara en el plazo de 10 días exigido por el artículo 40.2 de la Ley 39/2015 es una mera irregularidad no invalidante, salvo en el supuesto que puedan derivarse y se acrediten daños al interesado por la demora, en cuyo caso, la notificación tardía se ha llegado a considerar inválida (STS 25 de julio de 1992). Por ello, en una notificación demorada, en caso de actos favorables y si supone la pérdida de algún beneficio cierto y concreto al interesado, se podría apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración por un funcionamiento anormal de los servicios públicos (arts. 106 CE y 32.1 de la Ley 40/2015, LRJSP).

Además, podrá exigirse la responsabilidad disciplinaria al responsable, pues, a tenor de los establecido en el artículo 20 de la Ley 39/2015, LPAC,

los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de la Administración que tenga a su cargo el despacho de asuntos son responsables directos de su tramitación y deben adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos.

En su apartado 2 señala que «los interesados podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración Pública de que dependa el personal afectado».

B) ¿Fue correcta la actuación de la Administración archivando, en primer lugar, el procedimiento y exigiendo, posteriormente, al hijo que acredite su condición de heredero?

No obró con arreglo a derecho pues, por un lado, el artículo 4.3 de la Ley 39/2015, LPAC señala que «cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento». Por ello, la Administración debió continuar el procedimiento y tan pronto tuviera conocimiento del fallecimiento del señor XXX comunicar a su hijo que nos encontramos ante una situación jurídica transmisible y, por ello, le sucedía en la condición de interesado en el procedimiento que se tramitaba. Por otro lado, el requerimiento de que demuestre su condición de heredero tampoco fue ajustado a derecho, pues la jurisprudencia, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991, señala que la condición de heredero no tiene por qué coincidir con la de perjudicado, y no es necesario obtener antes el reconocimiento de aquella para poder ser considerado como tal en el ámbito de la responsabilidad patrimonial administrativa. La obligación de la Administración es acreditar que ostentaba la condición de interesado, que la relación jurídica era transmisible y que el interesado que dio inicio el procedimiento fue su padre que había fallecido. El problema de si es heredero o no es heredero

es una cuestión de derecho civil que, en su momento, podría plantear alguna persona si discutiera esa condición ante el juzgado de primera instancia correspondiente, o incluso en vía contencioso-administrativa como cuestión prejudicial civil (art. 4 de la Ley 29/1998, LJCA).

C) Suponiendo que la legislación foral, en su caso, contemplara en su legislación una indemnización adicional a la pedida por el interesado, ¿sería ajustado a derecho?

El Estado tiene competencia exclusiva para establecer el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (Constitución, arts. 149, 1.^a y 18.^a). Aparece así el Estado como garante de la prescripción constitucional de que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139 CE). La potestad legislativa en esta materia corresponde pues al Estado, que establece los términos que desarrollen el derecho a indemnización por los daños que cause. Este sistema de responsabilidad es de observancia por todas las comunidades autónomas, sin perjuicio de que estas puedan establecer otros supuestos de responsabilidad siempre que respeten la legislación estatal, con la que han de cohonestarse, y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada.

Si la legislación foral prevé una indemnización adicional, se trataría de una garantía indemnizatoria adicional que se superpone a la indemnización general fijada por el Estado (STC 61/1997).

Sin embargo no sería posible una indemnización adicional a la pedida por el interesado, porque en ese caso se produciría un enriquecimiento injusto de este prohibido por el ordenamiento jurídico, al obtener más indemnización que el perjuicio realmente causado.

Las competencias autonómicas en esta materia se contemplan para otros supuestos de responsabilidad, respetando la legislación estatal, y deben servir al desarrollo de una política sectorial determinada, y también se extiende a las especialidades procedimentales propias de su singular asunción de competencia en esta materia.

D) El planteamiento, en vía civil que hizo el interesado, ¿qué efectos, en su caso, produjo respecto al plazo de prescripción para el ejercicio de la acción? ¿Y cuál es la diferencia entre la interrupción o la suspensión del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción?

De acuerdo con el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, LJCA, conocen los órganos jurisdiccionales de este orden de

la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Por ello, esta demanda civil debe ser no admitida por falta de jurisdicción para su conocimiento.

Es cierto que el artículo 1973 del Código Civil señala que «la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor», pero, en principio, debemos decir que, en este caso, como el ejercicio de esa acción es manifiestamente inadecuada, no se produciría ni la interrupción ni la suspensión del plazo de prescripción, porque está claro que la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, como acabamos de señalar. La utilización de esta vía, tan solo en este caso, podría justificarse como un modo de conseguir que el plazo de prescripción se inicie posteriormente a cuando debió hacerlo.

El efecto jurídico derivado de la demanda civil, en el supuesto de que no sea manifiestamente inadecuada, planteada contra la Administración fue de interrupción de la prescripción, no de suspensión. La suspensión se aplica únicamente cuando la ley, de forma expresa, se refiere a ella ordenando que el plazo se reanude, no que se reinicie o comience a correr de nuevo. La distinción entre una y otra se trata en sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985 y 13 de mayo de 2008 y se regula en el Código Civil, en el artículo 1973, y es el acto –uno de los cuales es el ejercicio de la acción ante los tribunales– que evita la consumación de la petición, y su efecto es que el derecho vuelva tener plena eficacia y, por ello, el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva pretensión. La interrupción pues, es un acto potestativo de la prescripción que revigora el derecho subjetivo, y que no solo impide el curso de la petición sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de esta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción paraliza esta, no por el tiempo para la misma, pero no inutiliza el tiempo ya transcurrido. Así, cuando desaparece la causa de suspensión, sigue contando, no comienza de nuevo –como en la interrupción– el cómputo del tiempo para prescripción.

E) ¿Ha de atenderse a la solicitud del transportista en su solicitud de indemnización respecto a lo que pide como daños emergentes?

a) Gastos de asistencia jurídica y de costas procesales del proceso contencioso-administrativo.

Del concepto de reparación integral parece que debe excluirse a las costas procesales eventualmente producidas para obtener el reconocimiento del derecho ante los tribunales, aunque hay algunas sentencia del Tribunal Supremo, por ejemplo la del 8 de febrero de 1991 que entendió como un concepto indemnizable los gastos de defensa ante los tribunales.

Existe una consolidada corriente jurisprudencial que no reconoce entre los conceptos indemnizarles los gastos de defensa del particular-interesado ante los tribunales (entre otras SSTs de 2 de febrero de 1993, 20 de octubre 1998 y 18 de marzo de 2000).

La Ley 29/1998, LJCA, fija las reglas de imposición de las costas procesales, donde van incluidos los gastos de asistencia jurídica, como competencia del órgano jurisdiccional que dicta la sentencia, y este las impone atendiendo a las circunstancias concretas del proceso, y se prevé en dicho artículo la imposición de las costas a una sola parte cuando se dan los requisitos allí establecidos. Por tanto, si el órgano jurisdiccional, TSJ, no creyó oportuno imponer las costas procesales a la Administración, su razones tendría, por lo que no puede incluirse como concepto indemnizatorio, porque equivaldría, en caso de accederse a ello, contrariar lo que ha fijado el órgano jurisdiccional.

b) Lucro cesante y daño emergente.

De ser cierto lo alegado por el transportista es evidente que los 100.000 euros que solicita han de incluirse en algunos de esos conceptos.

El Tribunal Supremo precisa que la indemnización normalmente ha de limitarse al segundo de los conceptos (que genera indemnización en todo caso), teniendo en cuenta el lucro cesante solo cuando su producción sea jurídicamente posible por el cumplimiento de los requisitos y circunstancias necesarios, exigiéndose una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener (SSTS, entre otras, de 15 de octubre de 1986, 10 de octubre de 1998 y 20 de febrero de 1999). Sin embargo el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado han suavizado las exigencias probatorias, declarando que debe apreciarse de modo prudente y restrictivo, incluso por vía de presunción, pero sin que ello comporte una prueba plena de acabada, debiendo descansar su apreciación, en cada caso, sobre un razonable juicio de probabilidad, evitando con ello una «prueba diabólica» (SSTS de 11 de febrero de 1995, 23 de junio de 1995, 14 de febrero de 1998 y 13 de octubre de 1998).

En el presente caso, en principio, lo reclamado por el interesado parece que ha de incluirse en el daño emergente, porque no se solicita ni se aporta prueba ninguna sobre lo que habría dejado de ganar por las circunstancias producidas, sino que, simplemente, se expone que solicitó un préstamo y que no pudo hacer frente al mismo, por lo que perdió por embargo los dos camiones con lo que realizaba su actividad profesional. Al respecto, hemos de decir que la conducta del interesado, dejando de pagar los plazos a la entidad bancaria, fue lo que provocó que esta ejercitara la acción de embargo ante la jurisdicción ordinaria, por lo que ninguna intervención hubo por parte de la Administración para la producción de ese daño, que ha calculado en 100.000 euros. Por tanto, y salvo que se demuestre que obró con toda la diligencia debida, ninguna influencia tuvo la Administración en la situación que se produjo.

Por otra parte, fija el relato de hecho que se embargaron los dos camiones, siendo de suponer que se venderían en pública subasta o en la forma que determina la Ley de enjuiciamiento civil, lo que significa que si se vendieron por precio inferior a los 100.000 euros, el juzgado devolvería la cantidad restante al interesado, por lo que la cantidad sería inferior a lo que él solicita.

En conclusión, entendemos que no concurren los requisitos necesarios para atender a la solicitud del transportista salvo que acreditara los hechos de manera fehaciente.

F) ¿Tiene alguna consecuencia jurídica que no informara el órgano consultivo máximo de la comunidad foral?

En este caso, es competencia de las respectivas comunidades autónomas establecer los supuestos en que en dicho informe es preceptivo y el de tener en cuenta que en Navarra, conforme a la Ley Foral 8/2016, en su artículo 14.1, dicho informe no es preceptivo si la cuantía no es igual o superior a 300.000 euros. Por lo que no era obligatorio el informe de dicho órgano consultivo.

De haberlo sido, y no habiéndose solicitado, sería un vicio de nulidad absoluta del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, por tratarse de un supuesto similar a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Pero es preciso recordar que en muchos casos se ha considerado el vicio como de anulabilidad del artículo 48 de dicha ley, o incluso nada, cuando, de haber existido dicho informe, hubiera sido coincidente con la resolución dictada.

G) ¿Obra con arreglo a derecho el instructor del procedimiento en el requerimiento para que presente testimonio de la sentencia judicial al objeto de comprobar la cantidad que se le impuso en concepto de costas judiciales al interesado, fijándole día y hora y advirtiéndole de caducidad del procedimiento si no lo hacía?

Dispone el artículo 30.1 de la Ley 39/2015 que debe entenderse que los plazos expresados en horas se refieren a horas hábiles, y que son hábiles todas las horas que formen parte de un día hábil. Añade que el cómputo del plazo se hará desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto (y, por tanto, el plazo vencerá en la hora y minuto correspondiente –hay que entender que al final del minuto que tiene igual número que aquel en el que comenzó el cómputo–). Concluye disponiendo que estos plazos expresados en horas no pueden tener una duración superior a 24 horas, pues en caso contrario deberán expresarse en días.

La nueva ley quiere que los plazos superiores a 24 horas se expresen en días. Pero sucede que algunos plazos están ya establecidos en horas, y son superiores a 24. En tal caso, el rango normativo de la Ley 39/2015 puede hacer dudar sobre si se ha producido la derogación tácita de estas normas y el plazo debe entenderse establecido ahora en días. La cuestión no se plantea cuando la norma que los establece es una ley orgánica (como por ejemplo los numerosos plazos de 72 horas y de 48 horas que establece la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería), pero sí en otros casos en los que el plazo lo establece una norma con rango igual o inferior al de la Ley 39/2015, como sucede en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, caza y régimen de los animales, menores, protección del patrimonio arqueológico, inspección de máquinas recreativas y de azar, emisión de votos

particulares en órganos colegiados, propiedad intelectual, medio ambiente, etc. Adviértase que el cómputo de los plazos por horas (que tiene en cuenta la hora y minuto del inicio de dicho cómputo) es diferente del de los plazos por días (que incluye hasta las 24 horas del último día del plazo). Por ello, no parece que haya sido intención de la Ley 39/2015 «renombrar» automáticamente, por la vía de la derogación tácita, los plazos establecidos en horas que sean superiores a 24, muchos de ellos en normas autonómicas: es tan solo un precepto (bien orientado) vinculante para normas reglamentarias y autonómicas futuras. No obstante, habría sido deseable que la Ley 39/2015 tuviera una disposición que lo aclarara.

En conclusión, no resulta ajustado a derecho la fijación de una hora límite para la presentación de lo solicitado, porque el plazo debe computarse por días exclusivamente, y el último día de plazo se tiene por entero, por tanto, disponía hasta las 00,00 horas del último día del plazo para presentar.

Respecto a la advertencia de declaración de caducidad del procedimiento si no lo presentaba en el plazo fijado, tampoco resulta ajusta a derecho pues, de acuerdo con el artículo 95 de la Ley 39/2015 y tras el análisis de los requisitos exigidos para la misma, aplicado al caso que analizamos señala que no podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite. Resulta evidente que la no aportación del testimonio de la sentencia para acreditar las costas procesales impuestas no era indispensable para dictar la resolución. Si no se aporta la consecuencia, será que no se tendrá en cuenta esta cantidad en el caso de que se estimara su solicitud de indemnización, que no fue así porque la resolución fue desestimatoria.

Por otro lado, no se puede olvidar que el artículo 86.1 de la LPAC señala que «los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio». Por tanto, podría aportarse en cualquier momento lo solicitado, incluido durante el trámite de audiencia.

5. Realice un informe sobre si el recurso interpuesto por el interesado debe ser estimado o no y, en su caso, los correspondientes argumentos. Si rebate las razones alegadas por la Administración para la desestimación del recurso, indique y explique los fundamentos para ello

A) Que, en su momento procesal oportuno, no planteó la imprescindible cuestión de inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la ley foral, que era el modo en que exteriorizaba la inconstitucionalidad de la misma y que serviría de base a la posible reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad del Estado legislador

En absoluto puede servir este argumento para desestimar la pretensión ejercitada de reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad del Estado legislador.

La cuestión de inconstitucionalidad se regula en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, señalando en su apartado 1.º que

cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

De manera que no estaba el interesado legitimado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Por otra parte, el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, LRJSP señala:

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,

de lo que se deduce que tal exigencia no era exigida por la ley que, simplemente, se limita a señalar que por parte del interesado se alegue la inconstitucionalidad, sin que se establezca ninguna otra exigencia.

B) Respecto a la cuestión de fondo y si concurre alguno de los requisitos exigidos, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislado, derivado de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la Orden 00/0000. En concreto, son dos los elementos cuya concurrencia se cuestiona

a) El primero de los requisitos exige que el interesado haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso planteado contra la actuación administrativa.

La cuestión viene contestada en la STS, Sección Quinta, n.º 1422/2020, 29 de octubre, que ha seguido la doctrina jurisprudencial fijada por muchas otras anteriores, en la cual profundizamos y transcribimos, literalmente, muchos de sus argumentos, porque ha supuesto la consagración de una importante dulcificación respecto a la exigencia de que el interesado en sus recursos jurisdiccionales alegue la inconstitucionalidad del o de los preceptos, anteponiéndose a lo que es competencia del Tribunal Constitucional y debiendo tener, poco menos, que facultades de médium o adivinador para analizar el futuro. La misma señala:

La cuestión propuesta ha obtenido respuesta de esta Sala y Sección en sentencias n.º 1158/20, de 14 de septiembre (casación 2486/19); 1186/20, de 21 de sep-

tiembre (casación 2820/19); n.º 1351/20, de 19 de octubre (casación 5694/19), y, 1384/20, de 22 de octubre (casación 6717/19), en cuyo contenido nos ratificamos y cuya doctrina hemos de reiterar.

Como en ellas decíamos, la interpretación se refiere a la exigencia legal de que «el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

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

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

Por tanto, el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial individualizada, real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo, sino que se asienta en la falta de justificación del daño, es decir, en la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber jurídico de soportarla.

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

Añadía dicha sentencia «que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquel en la directa aplicación por los órganos admi-

nistrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó».

Por otra parte, y en relación con la exigencia de impugnación por los interesados del acto administrativo de aplicación de la norma inconstitucional, la sentencia de 13 de junio de 2000 (casación 567/1998), añadía que: «Podría sostenerse que las partes recurrentes están obligadas a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido las autoliquidaciones en vía administrativa. De prosperar esta tesis, el daño causado no sería antijurídico, pues, como expresa el art. 139.3 de la Ley 30/1992 —hoy el artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector público— sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Esta Sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que 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. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es solo el Tribunal el que tiene facultades para plantear «de oficio o a instancia de parte» al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

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

Abunda, también en ello, la sentencia de 17 de julio de 2000 (casación 736/1997) en la que, tras reiterar que:

No parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño causado por el desembolso de determinadas cantidades en concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego, pues tal abono se produjo exclusivamen-

te en virtud de lo dispuesto por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, de manera que quienes lo efectuaron no tenían el deber de soportarlo», señala que «si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y solo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes».

Según la Doctrina decir que esta reforma fue desafortunada es quedarse corto.

Los nuevos requisitos parecen haber sido introducidos con el fin de evitar que el Estado vuelva a tener que hacer frente a reparaciones millonarias por condenas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como la derivada de la Sentencia de 27 de febrero del 2014, que declaró el impuesto sobre la venta de determinados hidrocarburos contrario a la Directiva 92/12/CEE, sobre los impuestos especiales (las indemnizaciones debidas como consecuencia de la anulación del conocido como céntimo sanitario ascienden a más de 1.600 millones de euros). Y es posible que, para eludir que esta exigencia infringiera el principio de equivalencia de las condiciones exigidas para hacer efectiva la responsabilidad en el Derecho de la Unión Europea y en el nacional, el precepto introdujera también los mismos condicionantes respecto de las solicitudes de indemnización por leyes declaradas inconstitucionales.

Pues bien, la introducción de estas exigencias leoninas ha dado lugar ya a que la Comisión Europea haya interpuesto en noviembre del 2019 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un recurso por incumplimiento contra España. Este recurso, formulado tras no haberse conseguido una solución satisfactoria en la fase precontenciosa, se fundamenta en que los requisitos procedimentales no parecen respetar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho de la Unión y, en particular, por lo que aquí interesa, el principio de efectividad, al hacer excesivamente difícil que los perjudicados puedan reclamar esta responsabilidad.

Pero ahora, en varias sentencias recientes, el Tribunal Supremo ha interpretado estos requisitos procedimentales y temporales contenidos en los artículos 32 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de un modo que favorece más la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial.

Así lo hace la Sentencia 1158/2020, de 14 de septiembre (ponente: Octavio Herre-ro Pina), que sienta la doctrina, continuada por las sentencias 1186/2020, de 21 de septiembre; 1275/2020, de 5 de octubre; 1264/2020, de 7 de octubre; 1351/2020, de 17 de octubre, y 1384/2020, de 22 de octubre:

a) En cuanto a los requisitos procedimentales del artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, esto es, a la exigencia de que se haya recurrido la actuación administrativa de aplicación de la ley que causó el daño y que se haya obtenido una sentencia firme desestimatoria del recurso, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina –en respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia–:

Los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito previsto en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto, comprende[n] todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.

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

No es necesario, por consiguiente, haber interpuesto un recurso contra el acto de aplicación de la ley que causó el daño alegando la causa que determinaría su inconstitucionalidad, sino que cabe también, una vez que dicho acto sea firme por no haber sido recurrido en plazo, que el perjudicado haya solicitado la revisión de oficio a la Administración presentando las alegaciones y que contra su desestimación haya acudido a los tribunales. En la solicitud de revisión de oficio y en el recurso tendrá que alegar la causa de inconstitucionalidad de la ley aplicada.

La sentencia funda esta interpretación en la jurisprudencia de la Sala sobre la posibilidad de reclamar responsabilidad a la Administración por la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley que preveía la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común (art. 139.3) cuando el acto administrativo causante del daño hubiera adquirido firmeza

Ya desde el año 2000 el Tribunal Supremo entendió que no podía considerarse como 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 de aplicación de la norma declarada inconstitucional, pues esta carga sería desproporcionada y con-

duciría a la consecuencia absurda de «sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable». Se admitió, por ello, la posibilidad de que, si los perjudicados de una ley declarada inconstitucional no hubieran recurrido jurisdiccionalmente los actos de aplicación, pudieran luego, una vez declarada dicha inconstitucionalidad, instar la revisión del acto nulo de pleno derecho en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba (SSTS de 13 de junio del 2000, casación 567/1998, y de 17 de julio del 2000, casación 736/1997, seguidas por otras muchas posteriores).

La misma doctrina se mantiene ahora, si bien con la precisión –en virtud de la regulación del artículo 32.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público– de que el procedimiento de revisión de oficio ha de instarse antes de la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

A pesar de esta limitación, se trata de un avance no desdeñable para el ejercicio de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues normalmente la posible inconstitucionalidad de un precepto legal se ve precedida por comentarios o estudios doctrinales que pueden poner sobre aviso a los posibles afectados, con lo que la revisión de oficio, –para la cual no hay plazo– les permite cumplir el requisito.

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

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

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

Pues bien, dicha jurisprudencia, como decíamos en nuestras sentencias n.º 1158, 1186, 1351 y 1384/20, ha de tenerse presente «al examinar el alcance de la exigencia establecida en el art. 32.4 –haber obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posterior-

mente declarada— ya que en dichas sentencias se describe la compleja posición jurídica en la que se encuentra el perjudicado a la hora de hacer valer su derecho frente a la lesión causada en razón de la inconstitucionalidad de la norma aplicada, en cuanto su valoración no se limita a cuestionar la legitimidad de la actuación administrativa ajustada a la norma aplicada y causante del daño cuya reparación pretende sino que, implica, superando la presunción de legalidad de la norma, la realización de un juicio o valoración de su constitucionalidad, que siempre entraña dificultades notables; y ello en un marco jurídico en el que el perjudicado no está legitimado para ejercitar la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal competente para su conocimiento, que en la impugnación en vía administrativa no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y en la impugnación jurisdiccional se limita a solicitar su planteamiento ante el órgano jurisdiccional que está conociendo de la impugnación frente al acto administrativo, que es el competente para decidir al respecto».

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

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

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

Por tanto, la respuesta a la cuestión interpretativa planteada en el caso que analizamos debe ser que

- Los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito previsto en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto, comprende todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.
- Y, entre estas formas de impugnación, se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, que colma el requisito que fija el artículo 32.4 de la Ley 40/15.

b) El segundo, que es el que entendió que no se había cumplido, hace referencia a la necesidad de que no hayan transcurrido más de cinco años entre la producción del daño y la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Boletín Oficial del Estado.

Respecto a la concurrencia del requisito temporal establecido en el artículo 34.1 párrafo segundo, según el cual:

serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley», requisito que también se considera incumplido en la sentencia recurrida.

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

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

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

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

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

Hemos ya dicho, en este particular, que cuando el precepto se refiere a «daños producidos» está aludiendo a aquellos incuestionables y definitivos que no están sujetos o pendientes de revisión. En la jurisprudencia se atiende a los distintos tipos de daños señalado las particularidades de cada caso, en relación con la consolidación y fijación de la realidad de los mismos. En este sentido y cuando el daño

se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías –para corregir o evitar la efectividad del perjuicio– utilizadas por el interesado.

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

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

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

En consecuencia, atendiendo a dicho cómputo del término inicial del plazo y la fecha de publicación de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma foral, ha de entenderse que la reclamación recurrente cumple también el requisito temporal establecido en el referido art. 34.1, párrafo segundo.

En cuanto al límite temporal del artículo 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, la sentencia flexibiliza también el plazo de cinco años al considerar que, en caso de que el acto administrativo que causó el daño sea objeto de recurso o de la acción de nulidad, el cómputo quedará interrumpido y solo se reiniciará

desde el momento en que dicte la resolución judicial firme desestimatoria. Éste es el momento –dice la sentencia– en el que «se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante». El plazo de cinco años queda abierto, en definitiva, hasta que no se recurre o, en su caso, se ejerce una acción de nulidad y estas vías de revisión son desestimadas.

En conclusión, el recurso debería ser estimado por todas razones anteriormente señaladas.

6. Informe sobre las circunstancias del propósito de la Administración de entregar un inmueble al interesado, en lugar de la indemnización en dinero, así como sobre la intención del presidente del organismo autónomo de interponer recurso contencioso-administrativo si se entrega este inmueble al perjudicado

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 34.4 de la Ley 40/2015, LRJSP señala que «la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado». De manera que no se puede imponer esta forma de resarcimiento, sino que debe existir acuerdo para el interesado. Por otra parte, han de acreditarse los otros requisitos exigido: que resulte más adecuado para lograr la reparación (esto lo decidirá el interesado) y que convenga al interés público.

En segundo lugar, el artículo 35.1 de la Ley 33/2003, Ley de patrimonio de las Administraciones públicas, referido al control de la inscripción en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado señala que «no se podrán realizar actos de gestión o disposición sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado si estos no se encuentran debidamente inscritos en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado». Sin embargo, no debe entenderse como una prohibición absoluta para ceder o enajenar un bien cuyo incumplimiento acarree la invalidez de la disposición del bien, pues esta podrá probarse por todos los medios de pruebas admitidos en derecho (testifical, documental, etc.), viniendo a ser dicho artículo un recordatorio a la Administración para que cumpla con la obligatoriedad de la inscripción por razones de certeza y seguridad jurídica respecto a la naturaleza del bien para evitar problemas posteriores.

En tercer lugar, al estar adscrito a un organismo autónomo se convirtió en un bien demanial, así el artículo 73.1 de la Ley 33/2003, LPAP, especifica que

los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscritos a los organismos públicos dependientes de aquella para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción llevará implícita la afectación del bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público.

Y, en su apartado 3, que «la adscripción no alterará la titularidad sobre el bien».

Los artículos 77 y 78 de la LPAP prevén los motivos para la desadscripción (por incumplimiento del fin y por innecesariedad de los bienes) que se declarará por el ministro de Hacienda, previa instrucción por parte de la Dirección General de Patrimonio del Estado. No parece que estemos ante ningún supuesto de estos, pues el organismo autónomo sigue utilizándolo como sede del mismo. De manera que parece complejo que este inmueble se pudiera utilizar para compensar al interesado, puesto que sigue teniendo la condición de demanial, y, por ello, no cabe su enajenación ni su donación. De manera que el requisito consistente en «que convenga al interés público» y que justificó la adscripción no parece que haya desaparecido. Además, el artículo 81.1 de la LPAP señala que «los bienes inmuebles y derechos reales de los organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado que no les sean necesarios para el cumplimiento de sus fines se incorporarán, previa desafectación, en su caso, al patrimonio de esta». No parece el caso.

Las otras opciones para la Administración para recuperar el inmueble serían:

- Si cree que el organismo autónomo no es útil, debe suprimirlo por alguna de las causas del artículo 96 de la Ley 40/2015 o por cualquier otra prevista en sus estatutos. De esta manera recuperará el bien.
- Efectuar, de acuerdo con el artículo 72.4, una mutación demanial. El precepto señala que

la mutación de destino de los bienes y derechos demaniales propios de los organismos públicos para el cumplimiento dentro del organismo de sus fines o servicios públicos se acordará por el ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su presidente o director. Las mutaciones de destino de bienes y derechos demaniales propios o adscritos de un organismo, para el cumplimiento de fines o servicios de otro organismo o de la Administración General del Estado, serán acordadas por el ministro de Hacienda, a propuesta conjunta de las dos entidades.

De esta manera señalaría otro inmueble para que sirviera de sede y recuperaría el que quiere utilizar para la compensación al interesado.

Finalmente, respecto al recurso contencioso-administrativo anunciado por el presidente del organismo autónomo, si se entrega el inmueble a particular, el artículo 20 c) de la Ley 29/1998, de LJCA señala que no están legitimados para interponer este recurso

las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que

por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración.

No parece que, en este caso, se le haya dotado de ese estatuto específico.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 24, 106, 139 y 149.
- Código Civil, art. 1.973.
- Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, arts. 35.
- Ley Orgánica 6/1985, del poder judicial, art. 241.
- Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, arts. 2, 4, 21.1, 48, 49, 86, 88 y 89.
- Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, arts. 35, 73, 77, 78 y 81.1.
- Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, arts. 4.3, 20, 30, 47.1, 48, 67, 86 y 95.
- Ley 40/2015, del régimen jurídico del sector público, arts. 32, 34, 40 y 96.
- Ley Foral 8/2016, sobre el Consejo de Navarra, arts. 14.
- STS, Sección Quinta, núm. 1422/2020, 29 de octubre.