



Roj: **STSJ PV 796/2019 - ECLI: ES:TSJPV:2019:796**

Id Cendoj: **48020330032019100107**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **07/03/2019**

Nº de Recurso: **821/2018**

Nº de Resolución: **104/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN N.º 821/2018**

**SENTENCIA NUMERO 104/2019**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D<sup>ª</sup>. MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO

MAGISTRADOS:

D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

D<sup>ª</sup>. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En la Villa de Bilbao, a siete de marzo de dos mil diecinueve.

La Sección 3<sup>ª</sup> de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 3 de DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN en el recurso contencioso-administrativo número 94/2018 .

Son parte:

- **APELANTE** : Marco Antonio , representado por el Procurador D. ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS y dirigido por el letrado D. MARCO ANTONIO RODRIGO RUIZ.

- **APELADO** : DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA, representado por la Procuradora D<sup>ª</sup>. BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA y dirigido por el letrado D. JUAN RAMON CIPRIAN ANSOALDE.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>ª</sup> MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO.

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso ¿ Administrativo número 3 de San Sebastián dictó, en los autos de procedimiento ordinario 94/2018, sentencia 158/2018, de veinte de julio . Contra esta resolución, la representación procesal de Don Marco Antonio presentó, el dieciocho de septiembre de 2018, recurso de apelación ante esta sala. Este terminaba suplicando que se estimara la apelación y se dictara sentencia por la que se revocara y dejara sin efecto la dictada por el Juzgado de lo Contencioso¿ Administrativo número 3 de Donostia-San Sebastián objeto de recurso y se reconociera el derecho del apelante a obtener la indemnización por responsabilidad patrimonial solicitada o, alternativamente, para el único supuesto que en la súplica del escrito de demanda se concretó, se elevara al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad frente



al artículo 34.1.2º párrafo de la Ley 40/2015, de uno de octubre . Además, por medio de otrosí, se interesaba la apertura de período probatorio.

**SEGUNDO.-** Que el día veintiuno de septiembre de 2018, la Señora Letrada de la Administración de Justicia dictó Diligencia de Ordenación a través de la cual se admitía a trámite el recurso interpuesto. Asimismo, se acordaba dar traslado a las demás partes a efectos de que, en su caso, formalizasen su oposición. La representación procesal de la Diputación Foral de Guipúzcoa dio cumplimiento a este trámite por medio de escrito presentado el veinticinco de octubre de 2018. Este terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que, desestimando el recurso de apelación, se confirmara la sentencia apelada, con imposición al apelante de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en esta sala, se designó magistrada ponente.

El veinte de diciembre del año pasado, fue dictado Auto por el cual se denegó la prueba propuesta.

Se señaló para votación y fallo el doce de febrero de 2019, en que tuvo lugar la diligencia. Seguidamente, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Se ha de partir de las cuestiones trascendentes para la resolución del pleito.

Don Marco Antonio era, en los años 2007 y 2008, transportista autónomo integrado en el epígrafe fiscal 1.722. Para la determinación del rendimiento neto de su actividad, se acogió al método opcional de estimación objetiva por módulos.

El 8 de junio de 2010, la jefa del servicio de gestión de impuestos directos del departamento de hacienda y finanzas de la Diputación Foral de Guipúzcoa practicó liquidación provisional del IRPF correspondiente a los ejercicios de 2007 y 2008 de Don Marco Antonio . En ella se explicaba que, conforme al artículo 30.2 de la norma foral 10/2006, de veintinueve de diciembre, del IRPF, la aplicación de la modalidad de estimación objetiva no podía dejar sin someter a gravamen los rendimientos reales de la actividad económica. A partir de ahí, se calculó el rendimiento real mediante la modalidad simplificada del método de estimación directa. Como consecuencia de esta operación, resultó una deuda a ingresar de 17.979,11€ del ejercicio 2007, (folios 9-14 y del expediente administrativo) y de 29.019,36€ del ejercicio 2008, (folios 15-20 del expediente administrativo).

La liquidación no se recurrió y, por tanto, ganó firmeza. Sin embargo, mediante escrito de 20 de octubre de 2011, Don Marco Antonio solicitó la revisión de oficio de la liquidación, que fue desestimada por medio de Orden Foral 989/2012, de 21 de noviembre.

Interpuesto recurso contencioso ¿ administrativo contra esa Orden Foral, el mismo fue desestimado por sentencia de la sección 2ª de la Sala de lo Contencioso¿ Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1036/2012, de veintiuno de noviembre de 2014 . A través de este recurso, el interesado impugnó indirectamente el artículo 30.2 de la norma foral 10/2006 y solicitó que se elevara cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo. Subsidiariamente, interesaba que se anulasen el precepto de la norma y, consecuentemente, la liquidación tributaria. Subsidiariamente, solicitaba que se anulasen y dejaran sin efecto la orden foral recurrida y la liquidación de que traía causa.

Esa sentencia fue recurrida en casación por la representación procesal de Don Marco Antonio . Sin embargo, el recurso fue desestimado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia 2511/2016, de veinticuatro de noviembre (documento nº 4 de la demanda).

En un procedimiento distinto, la sección 2ª de la Sala de lo Contencioso ¿ Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco decidió plantear cuestión prejudicial sobre la validez del artículo 30.2 de la norma foral 10/2006 por posible infracción del artículo 3.a) de la Ley 12/2002, de veintitrés de mayo , por la que se aprobó el **Concierto Económico** con la Comunidad Autónoma del País Vasco. Como consecuencia de esta cuestión, el pleno del Tribunal Constitucional dictó sentencia 203/2016, de uno de diciembre , publicada en el Boletín Oficial del Estado de nueve de enero de 2017. En ella se decidió estimar la cuestión planteada y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el artículo 30.2 de la norma foral 10/2006, de veintinueve de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Guipúzcoa.

A raíz de esta sentencia, Don Marco Antonio presentó, el 10 de octubre de 2017, reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Diputación Foral de Guipúzcoa, derivada de la acción normativa de las Juntas Generales del territorio, al aprobar el artículo 30.2 de la norma foral 10/2006. En concreto, reclamaba indemnización de 46.998,47 euros, que se correspondía con la cantidad que había abonado como



consecuencia de la liquidación practicada por la Administración en aplicación que ese precepto que, después, fue declarado inconstitucional. Esta pretensión fue rechazada por acuerdo del consejo de gobierno foral de la Diputación Foral de Guipúzcoa, adoptado en sesión de 19 de diciembre de 2017.

**SEGUNDO** .- Que la sentencia apelada procedió a desestimar el recurso interpuesto por el interesado al considerar, en su fundamento de derecho 3º, que:

*" Tercero .- - Procede resolver en este fundamento sobre el primer motivo de desestimación del recurso alegado por la Administración demandada cual es el incumplimiento del requisito de haber interpuesto recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, previsto en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público y que establece que "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."; ello en la medida en que las liquidaciones del IRPF del ejercicio correspondiente a los años 2007 y 2008, notificadas al recurrente el 18 de junio de 2010, no fueron recurridas por el actor y adquirieron firmeza; instando el recurrente, con posterioridad, la declaración de nulidad de pleno derecho de la referida liquidación por el procedimiento especial de revisión de actos nulos regulado en el artículo 224 de la Norma Foral General Tributaria , cuya denegación en vía administrativa mediante la Orden Foral 989/2012 de 21 de noviembre fue objeto de recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de noviembre de 2014 y confirmada esta última en casación mediante Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016*

*Pues bien, este Juzgador, siguiendo el criterio ya adoptado en en la Sentencia dictada en fecha 6 de julio de 2018 en el Procedimiento Ordinario 20/2018, estima que, en efecto, lleva razón la parte recurrida cuando afirma que, en el supuesto planteado, se incumple el requisito de haber interpuesto recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, expresamente exigido en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público . En efecto considero, en línea con lo dispuesto por la Administración demandada en su escrito de contestación a la demanda, que en el supuesto planteado la actuación administrativa que ocasionó el daño es, obviamente, las liquidaciones del IRPF correspondiente a los ejercicios 2007 y 2008, las cuales fueron notificadas al recurrente el 18 de junio de 2010, en la medida en que en la misma se fijaba la cuota a ingresar por tal concepto y el plazo en que debía procederse al ingreso de la cantidad reclamada; siendo así que la referida liquidación no fue recurrida ni en vía administrativa ni contencioso-administrativa, por lo que adquirió firmeza. En consecuencia, se debe concluir que el recurrente no interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, ni, por consiguiente, efectuó alegación alguna de inconstitucionalidad de la norma foral aplicada (artículo 30.2 de la Norma Foral 10/2006, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 2016 . Lo que sí fue recurrida en vía contencioso-administrativa por el recurrente fue la Orden Foral 989/2012 de 21 de noviembre, por la que se desestimó la solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho de la liquidación firme, pero ésta última actuación administrativa recurrida en vía jurisdiccional no es aquella de la que derivó el daño, sino que lo son las liquidación del IRPF correspondiente a los ejercicios 2007 y 2008, las cuales adquirieron firmeza en vía administrativa y contencioso- administrativa por no haber sido recurrida en tiempo y forma.*

*En consecuencia, el recurrente no obtuvo sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, en la medida en que dicha actuación administrativa (liquidaciones del IRPF correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008), no fueron recurridas ni en vía administrativa ni contencioso-administrativa por lo que adquirieron firmeza; ni, en consecuencia, el recurrente efectuó alegación alguna en dicho recurso (no interpuesto) de posible inconstitucionalidad del artículo 30.2 de la Norma Foral 10/2006, de 29 de diciembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, posteriormente declarada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 2016 ; siendo precisamente en sede de ese recurso contencioso-administrativo contra las liquidaciones del IRPF de los ejercicios 2007 y 2008, no interpuestos, donde debió haberse efectuado la alegación de inconstitucionalidad del 30.2 de la Norma Foral 10/2006 de 29 de diciembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como condición necesaria para que, de declararse la inconstitucionalidad de la norma aplicada en el acto administrativo originador del daño (liquidaciones del IRPF correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008), como efectivamente ocurrió por Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 2016 , se cumpliera con la regulación contenida en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público al objeto de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador; abonándose esta interpretación en la Sentencia de 21 de enero de 2015 dictada por la Sala de lo contencioso-Administrativo del tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 55/13 que, en su fundamento de derecho segundo establece que "En este momento la Sala debe tener presente la STS de 23 de octubre de 2014, recaída en el recurso de casación 230/2012 , que, como hemos anticipado, al resolver*

*impugnación indirecta, ha anulado el art. 26.2 de la NF 8/1998, con contenido trasladable al del art. 30.2 de la NF 10/2006.*

*La STS ha justificado la nulidad, estando a su FJ 2º, porque [- con el art. 26.2 de la Norma Foral 8/1998 -] < < se vulnera el artículo 3 a) de la vigente Ley del **Concierto** y también del artículo 4 a) de la anterior >> ; ello al no respetarse el concepto de estimación objetiva resultante de la Ley General Tributaria .*

*Esos argumentos, obvio es, son trasladables al art. 30.2 de la NF 10/2006, por lo que, de ser relevantes en este recurso, la Sala podría plantear cuestión al Tribunal Constitucional, por ser una Norma Foral fiscal y estar ante un recurso posterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010 .*

*Sin embargo, la Sala debe concluir que los argumentos y la nulidad a la que conducen, no tienen relevancia en este supuesto, por estar ante un recurso en el que se recurre la desestimación de solicitud de revisión de actos nulos de pleno derecho [- la tendría de estar ante un recurso directo contra las liquidaciones -]."*

*En consecuencia la estimación del referido motivo de oposición al recurso es suficiente para desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirmar la resolución recurrida. "*

**TERCERO** .- Contra la sentencia de instancia se alza la defensa de Don Marco Antonio . Para empezar alega la nulidad de la sentencia impugnada por entender no se ha cumplido el requisito exigido en el Art. 32.4 de la Ley 40/2018 , y que considera la sentencia que no se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra las liquidaciones tributarias que se hallan en el origen del daño, sino que al haberse acudido a la vía de instar la declaración de nulidad de pleno derecho de la liquidación de la nulidad de pleno derecho de la liquidación por un procedimiento especial de revisión de actos firmes, no se respeta lo dispuesto en el precepto antes mencionado, y en este razonamiento no está conforme y se remite a las alegaciones efectuadas en la instancia.

Y sostiene que la sentencia sería nula dado que habría llegado a la conclusión de que no se cumplió el trámite exigido por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 . Considera que nuevamente se ha acogido por el juzgador de instancia el criterio más restrictivo posible. Ello vulneraría nuevamente la vis expansiva propia de todo derecho constitucional como el reconocido por el Artículo 106 de la Norma Fundamental. Argumenta que el precepto legal únicamente requiere que se interponga un recurso contra la actuación administrativa que generó el daño, pero no acotaría su naturaleza. Por lo tanto, entiende que cualquier respuesta por parte del administrado contra ese acto colmaría las exigencias del Artículo 32.4 de la Ley 40/2015 . En este caso, se habría ejercitado la acción de nulidad contra la liquidación girada por la Diputación Foral de Guipúzcoa. Y destaca que esta tenía por objeto obtener la declaración de nulidad por concurrir la tacha de máxima gravedad entre las previstas por la ley. Señala que el artículo 219.1 de la norma foral general tributaria de Guipúzcoa 2/2015, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 213.1 de la Ley General Tributaria , habría establecido las vías para impugnar y revisar cualquier acto de aplicación de los tributos. Entre ellas estarían citados, de forma explícita, los procedimientos especiales de revisión. Por consiguiente, habría que considerar incluido el que afecta a los actos nulos de pleno derecho. Es más, el resultado de esta revisión es recurrible ante la jurisdicción contencioso ¿ administrativa en las mismas condiciones que cualquier otro acto. Explica que, tanto en la revisión como en el recurso, se está actuando contra el acto de liquidación. Es más, señala que la Administración, en alguna ocasión, ha estimado reclamaciones de responsabilidad patrimonial pese a que el interesado recurrió a la vía de la revisión del acto administrativo.

En segundo lugar, alega la indebida determinación del momento en que se consuma o materializa el daño indemnizable.

Considera que es nula porque habría determinado indebidamente el momento de consumación o materialización del daño. En concreto, hace referencia a la previsión legal conforme a la cual únicamente se pueden indemnizar los daños producidos dentro de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma. Explica que, de acogerse la interpretación del juzgador, se estaría eliminando de facto toda posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial del estado legislador. A este respecto, llama la atención sobre el hecho de que, para poder acceder a la jurisdicción contencioso ¿ administrativa en materia tributaria, es preciso que previamente se agote la vía **económico** ¿ administrativa. Todo este recorrido tendría una duración, en la mayor parte de los casos, superior a los cinco años. Ello haría inviable la acción de responsabilidad patrimonial.

Asimismo, destaca que la normativa reguladora del sistema de responsabilidad patrimonial no habría hecho ninguna precisión sobre cuándo deben entenderse producidos esos daños. Por tanto, considera que ha de efectuarse una interpretación integradora que dé sentido al sistema y que no le prive de significado. Reconoce que el origen del daño está en la emisión de una liquidación tributaria que genera una deuda que se ha de ingresar en el plazo voluntario de un mes. Sin embargo, estima que el daño no se materializa en ese momento, sino cuando el administrado agota sin éxito la vía impugnatoria frente a esa liquidación. Por tanto, defiende





que no se produjo el daño hasta que el recurso de casación no fue desestimado, habida cuenta de que el interesado estaba pendiente de una resolución judicial que podía haberlo evitado. De hecho, señala que, en aquellos casos en que las reclamaciones de transportistas fueron estimadas, no se produjo ese daño y, por tanto, no hubo lugar a ninguna acción de responsabilidad patrimonial para repararlo.

En el caso concreto que ahora nos ocupa, siguiendo esta línea interpretativa, el recurso defiende que el daño se consolidó el veinticinco de noviembre de 2016, que es cuando se notificó la sentencia del Tribunal Supremo. Por tanto, sí que estaría dentro del plazo de cinco años al que se refiere el artículo 34.1 de la Ley 40/2015. Don Don Marco Antonio . inició el recorrido impugnatorio frente a la liquidación en octubre de 2011. No obstante, su pretensión de que se plantease cuestión de inconstitucionalidad no fue atendida. Por ello, se vio abocado a esperar el resultado de la formulada en un proceso ajeno, en el que él no podía intervenir. De tal forma que la pretensión del interesado sería inviable por causas que le serían ajenas y sobre las que no pudo influir. Destaca que en los pocos casos en que la Diputación Foral de Guipúzcoa ha atendido a las reclamaciones presentadas por los transportistas, ello habría dependido de una cuestión aleatoria, como lo sería la fecha en que se efectuó el pago voluntario. Considera que el derecho constitucional a ser indemnizado conforme al artículo 106.2 de la Norma Fundamental no puede ser prácticamente eliminado, al hacerlo depender de circunstancias aleatorias que no están bajo el control del interesado. Por todo ello, el recurrente defiende que la liquidación es una condición necesaria para la producción del daño, pero no suficiente.

Este sería, según su criterio, el espíritu del artículo 32.4 de la Ley, en la medida en que exige que el interesado haya obtenido una sentencia desestimatoria de su pretensión. El recurso señala que el derecho a ser indemnizado aparece reconocido en el artículo 106 de la Constitución. Por lo tanto, constituiría un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y tendría una fuerza expansiva que habría de ser favorecida a través de una interpretación amplia que le conceda la importancia y eficacia que le corresponden. De tal modo que la prevalencia del derecho constitucional sería incompatible con cualquier interpretación restrictiva que reduzca su alcance hasta convertirlo en una mera figura decorativa.

Por último, el recurso sostiene que la sentencia es nula, dado que no atendió a la pretensión de esa parte de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 34.1 de la Ley 40/2015. Considera que este precepto no sería acorde con el régimen legal de responsabilidad patrimonial dado que, en la práctica, estaría haciendo imposible su utilización en materia tributaria.

**CUARTO** .- Por su parte, la Diputación Foral de Guipúzcoa reclama la confirmación de la sentencia de instancia. En primer lugar, la Administración niega que el interesado hubiera obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que generó el daño. Explica que esta fue la liquidación del IRPF que se practicó conforme a lo dispuesto en el artículo 30.2 de la norma foral 10/2006. Sin embargo, Don Marco Antonio no interpuso recurso alguno contra este acto. Señala que esta forma de proceder habría permitido al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco o al Tribunal Supremo plantear una cuestión prejudicial sobre la validez de ese precepto. Explica que únicamente puede plantearse esta cuando el fallo del litigio principal depende de la norma cuestionada. Sin embargo, estas circunstancias no se daban en el recurso promovido por el ahora apelante. Ello por cuanto este no estaba dirigido contra la liquidación, que había quedado firme, sino contra la resolución desestimatoria de la solicitud de nulidad de pleno derecho de la liquidación. De tal modo que únicamente cabía examinar si concurría alguna de las causas de nulidad de pleno derecho enumeradas en el artículo 224.1 de la norma foral general tributaria. Ello supone que no podía plantearse una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 30.2 de la norma foral 10/2006, dado de que este precepto no era aplicable para la resolución del caso y, en consecuencia, el fallo no dependía de su validez. Para que este recurso pudiera prosperar, no bastaba con cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sino que se exigía que concurriese nulidad de pleno derecho. De hecho, el motivo por el que las sentencias desestimaron los recursos fue que no concurría en la liquidación ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho. A partir de ahí, la Diputación Foral de Guipúzcoa llega a la conclusión de que no se ha cumplido con el requisito exigido por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015.

En cuanto a la alegación que realiza la defensa de Don Marco Antonio sobre que la Administración apelada habría estimado pretensiones de responsabilidad patrimonial en las que la parte había utilizado la vía de la revisión, explica que no constaría que tales supuestos fueran iguales al que ahora nos ocupa. De hecho, en uno de esos acuerdos se diría expresamente que el afectado había interpuesto recurso contencioso¿administrativo contra las liquidaciones tributarias. De tal modo que se trataría de supuestos distintos al que ahora nos ocupa. En cualquier caso, si se hubieran producido los hechos como refiere el recurrente, no nos encontraríamos ante un precedente válido que hubiera que tomar en consideración para resolver este procedimiento. Únicamente estaríamos ante un supuesto que podría dar lugar a declarar esos actos como lesivos para el interés público y su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso ¿ administrativa.



A continuación, la Administración defiende que habría transcurrido el plazo de cinco años para reclamar previsto en el Artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 . Señala que la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el BOE tuvo lugar el nueve de enero de 2017. De tal modo que sería preciso que el daño se hubiera producido, como pronto, el nueve de enero de 2012. Defiende que, en este caso, el daño se concreta en el deber de pago de la cuota derivada de la liquidación del IRPF. Por consiguiente, habría de considerarse producido en el momento en que el obligado tributario recibe la notificación a partir de la cual ha de efectuarlo. De tal manera que el daño se habría producido antes del nueve de enero de 2012 y no sería indemnizable. Igualmente, considera irrelevante que se solicitara y concediera el pago fraccionado.

A partir de ahí, el escrito de oposición a la apelación se dedica a combatir la tesis que sobre este punto defiende Don Marco Antonio . Niega que el daño lo haya ocasionado sentencia alguna. Este se atribuye a una actuación de la administración tributaria, que ha aplicado una norma que posteriormente ha sido declarada inconstitucional. Por tanto, el daño se materializaría desde el momento en que ha de pagarse la deuda. Considera que el recurrente confunde este requisito temporal con el plazo de prescripción. A este respecto, destaca que el origen del daño está en la liquidación tributaria. No obstante, este no se consume hasta que se publica la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma que sirvió de base a aquella. Por ese motivo, el plazo de prescripción se computa desde la publicación de esa sentencia. Ahora bien, en ningún momento se habría discutido que la acción para reclamar no estaba prescrita cuando se ejerció. Cuestión diferente es que el legislador haya considerado oportuno acotar temporalmente los márgenes en que han de reconocerse indemnizaciones por responsabilidad patrimonial del estado legislador. De tal modo que, dentro del plazo de cinco años recogido en el precepto, ha de haberse producido la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma, la que desestimó el recurso contencioso ¿ administrativo y la actuación que generó el daño.

Para finalizar, el escrito de oposición a la apelación se ocupa de la pretensión de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el Artículo 34.1, párrafo 2º, de la Ley 40/2015 . Pues bien, la Administración niega que este precepto genere ninguna duda de inconstitucionalidad. Destaca que el Artículo 106 de la Norma Fundamental reconoce el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados en los términos establecidos por la ley. A partir de ahí, considera razonable y proporcionado acotar temporalmente los márgenes en que han de reconocerse las indemnizaciones por responsabilidad del estado legislador. Destaca que el inicio del plazo de cinco años se hace depender de un dato objetivo y, al mismo tiempo, aleatorio, como lo sería la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional. Y niega que tenga ninguna trascendencia a estos efectos la duración del recurso judicial que necesariamente ha de interponerse, pero que no interpuso el interesado, contra la actuación administrativa que originó el daño.

**QUINTO** .- En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del estado legislador, derivado de la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 30.2 de la Norma Foral 10/2006. En concreto, son dos los elementos cuya concurrencia se cuestiona. De hecho, el Juzgador de instancia apreció que no se había cumplido uno de los dos, el del requisito del Art. 32.4 Ley 40/2015 , y de ello, considero que no concurría y por ese motivo desestimó el recurso contencioso¿ administrativo planteado por Don Marco Antonio . Se llegó a la conclusión de que el interesado no había obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso planteado contra la actuación administrativa generadora del daño, y por el principio de congruencia se fundó en recurso idéntico, Procedimiento Ordinario 20/2018, del mencionado juzgado y sentencia de 6 de julio de 2018 .

Y ante tal razonamiento, estimando el motivo de oposición que antecede, no entro por ser obvia la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, en el segundo motivo de oposición cual es, se consideró que habían 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.

Para empezar, como ya hemos adelantado, la sentencia desestima el recurso porque considera que Don Marco Antonio . no cumplió el requisito introducido por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 . Este precepto tiene la siguiente redacción: "Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada".

Después de analizar los argumentos proporcionados por la parte apelante en defensa de su posición, no podemos sino compartir la conclusión alcanzada por el Sr. Magistrado de instancia en la sentencia recurrida. De la lectura del precepto se desprende que la intención del legislador es la de acotar la responsabilidad de la administración a aquellos supuestos en que el interesado haya reaccionado contra la actuación causante del daño por la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. No sería, pues, procedente reconocer tal responsabilidad en los casos en que, como el que ahora nos ocupa, el afectado ha dejado que el acto



administrativo productor del daño haya ganado firmeza. De asumirse el razonamiento de la parte apelante, se estaría dejando a la voluntad del interesado el plantear la solicitud de revisión en cualquier momento, sin sometimiento a límite de tiempo. A mayor abundamiento, hemos de destacar el hecho de que la revisión de oficio aparece regulada, dentro de la Ley 39/2015, en un capítulo diferente a los recursos administrativos. Ello nos indica ya que nos encontramos ante dos figuras diferentes.

Esta sala, pues, comparte el razonamiento del Sr. Magistrado de instancia y, como él, entiende que Don Marco Antonio . no cumplió con el requisito exigido por el artículo 32.4 de la Ley 40/2015 para poder exigir la responsabilidad patrimonial del estado legislador.

Por otro lado, la sentencia de instancia, no entro en el motivo de que el interesado haya cumplido con el requisito del plazo de cinco años introducido por el artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 . Conforme a este precepto, "[e]n los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere 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." Y por su parte, el apelante reitera y cuestiona el cómputo de ese plazo realizado por la Administración y, con carácter subsidiario, pretende que se plantee cuestión de inconstitucionalidad de este precepto por entender que, en la práctica y en el ámbito tributario, hace inviable obtener una declaración de responsabilidad de la administración.

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

Conforme a lo razonado, hemos de desestimar el recurso de apelación planteado y confirmar la sentencia de instancia en todos sus términos.

**SEXTO** .- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de trece de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y no concurriendo ninguna circunstancia extraordinaria, procede la imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante.

### III. FALLA

Desestimamos el recurso de apelación 821/2018, interpuesto por la representación procesal de Don Marco Antonio , contra la sentencia 158/2018, de veinte de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Donostia/ San Sebastián , recaída en los autos del recurso contencioso - administrativo registrado con el número de procedimiento ordinario 94/2018, que confirmamos en su integridad.

Imponemos las costas causadas en esta instancia a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA ), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0821 18, un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.