

Expediente Núm. 211/2010  
Dictamen Núm. 333/2010

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de diciembre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 15 de julio de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños derivados de la aplicación de una figura impositiva, posteriormente anulada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de febrero de 2010, el representante de la empresa reclamante presenta, en una oficina de correos, reclamación por los daños derivados de la aplicación del Reglamento del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales (en adelante RIGEC), aprobado por Decreto 191/2003, de 4 de septiembre, y anulado por Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2009.

Relata que, tras recibir la liquidación correspondiente al ejercicio 2006 “por importe de 371.526,32 euros”, la mercantil interpuso recurso de reposición

contra la misma, notificándosele el 18 de julio del mismo año la resolución desestimatoria.

Expone a continuación que en el año 2003, la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución interpuso recurso contencioso-administrativo contra el RIGEC, "que fue estimado por el TSJ de Asturias en virtud de la Sentencia dictada el 12 de enero de 2006" por haberse omitido en la tramitación de la norma el informe preceptivo del Consejo Asesor de Comercio del Principado de Asturias, exigido por el artículo 13.2.b) de la Ley 10/2002, de 19 de noviembre, de Comercio Interior.

Razona que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial debe computarse desde la fecha de notificación de la Sentencia del Tribunal Supremo confirmatoria de la anterior, sin que la falta de agotamiento de la vía administrativa frente al acto liquidatorio impida que la acción prospere, por cuanto, según la jurisprudencia que cita, relativa a la responsabilidad del Estado legislador, "son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales (...) 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".

Alega "un perjuicio económico derivado del 'uso desviado' de una potestad reglamentaria", solicitando una indemnización en cuantía idéntica al impuesto girado por el ejercicio de 2006, más los correspondientes intereses de demora.

Se acompañan a la reclamación copias del poder conferido al representante; de la sentencia del Tribunal Supremo, fechada el 5 de febrero de 2009; de la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y de los justificantes del pago del impuesto.

**2.** Mediante oficio de 5 de abril de 2010, la instructora comunica a la reclamante el día en que se tiene por iniciado el procedimiento, el plazo para resolver y los efectos del silencio.

**3.** A petición de la instructora, el Jefe del Área de Gestión Tributaria libra informe en el que hace constar que la liquidación tributaria que funda la reclamación trae causa del anulado RIGEC. Se adjunta copia del justificante de cobro.

**4.** Figuran incorporados al expediente los particulares relativos al recurso de reposición interpuesto por la reclamante contra la liquidación practicada, fundado en la ilegalidad material de la Ley aprobatoria de esta figura impositiva (artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003), por infringir la Constitución y el Derecho de la Unión Europea. Se alega que el tributo entra en contradicción con los artículos 9.3, 31, 38 y 133.2 de la Carta Magna y con las libertades de circulación comunitarias.

La resolución desestimatoria de la reposición, fechada el 4 de julio de 2006, reseña que contra la misma podrá interponerse, en el plazo de un mes, reclamación económico-administrativa.

**5.** Evacuado el trámite de audiencia, sin alegaciones, la instructora elabora, el día 8 de junio de 2010, propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por considerar, previa argumentación de que la anulación de una disposición administrativa no debe confundirse con la responsabilidad del legislador, que no estamos ante un daño antijurídico, sino ante un acto firme y consentido cuyas consecuencias debe el administrado soportar.

**6.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de julio de 2010, registrado de entrada el día 22 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. ....., del Ente Tributario del Principado de Asturias, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la empresa interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios a los que se imputa el daño.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.4, último inciso, de la LRJPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”. En el procedimiento que examinamos, la reclamación se presenta con fecha 5 de febrero de 2010, habiéndose dictado el día 5 de febrero de 2009 la sentencia anulatoria del RIGEC; por ello basta acudir, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al principio *dies a quo non computatur in termino* para concluir que la acción se ha ejercitado dentro del plazo legal.

Tomamos además en consideración que, pese a que el artículo 142.4 de la LRJPAC hace referencia, exclusivamente, al momento en que se dicta la sentencia definitiva, existe jurisprudencia reiterada (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 6.<sup>a</sup>, de 18 de abril de 2000, que, a su vez, recoge la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 25 de enero de 2000, en el asunto Miragall Escolano y otros contra España) que, por aplicación de la doctrina de la *actio nata*, identifica el inicio del cómputo no con la fecha en que se pronunció la sentencia, sino con la fecha en que la notificación -o publicación- tuvo lugar, con el momento, en suma, en el que “los interesados pueden efectivamente conocer las sentencias judiciales que les imponen una carga o podrían vulnerar sus derechos o intereses legítimos”; habiendo recogido ya este Consejo dicha interpretación en diversos dictámenes (entre otros, el Dictamen Núm. 234/2006, de 22 de noviembre).

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Por último, se aprecia que en el momento de emitir el presente dictamen se ha rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b) de la referida LRJPAC.

**QUINTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por

toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Y, al respecto, el artículo 142.4 de la LRJPAC dispone que “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva”. Esto es, de lo establecido en este precepto no cabe interpretar que de la anulación de una resolución administrativa no pueda derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, pero tampoco cabe afirmar que la anulación implique *per se* el derecho a ser automáticamente indemnizado. Según se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2000 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización en el sentido de darlo por supuesto, sí puede ser condición de posibilidad de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produzca unos daños en los que concurren los requisitos establecidos legalmente para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En suma, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SEXTA.-** Imputa la reclamante a la Administración los daños derivados de la aplicación de un reglamento tributario, posteriormente anulado, tras el ejercicio de una acción directa de impugnación, por haberse omitido, en la tramitación de la norma, el informe preceptivo del Consejo Asesor de Comercio del Principado de Asturias. Fundamenta su pretensión en la doctrina jurisprudencial desarrollada en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador que justificaría, según afirma, la obtención del resarcimiento solicitado a pesar de no haber agotado los recursos administrativos y judiciales para impugnar la liquidación tributaria practicada sobre la base de aquella norma.

Así centrada la pretensión, es manifiesto, como subraya la propuesta de resolución, que no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley formal, tal como pretende la parte reclamante, sino ante un supuesto nítidamente diferenciado en la propia LRJPAC, que contempla en su artículo 142.4 la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de disposiciones administrativas, mientras que la responsabilidad por actos legislativos se recoge en el artículo 139.3, sin que puedan confundirse el ejercicio de la potestad legislativa como acto del legislador y el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno, pues son distintas su naturaleza, su impugnación y la doctrina recaída sobre el resarcimiento de sus efectos lesivos.

Sentado que nos hallamos ante la anulación de una norma de rango infralegal, hemos de partir de que tal declaración de nulidad no trae consigo

necesariamente, como antes adelantamos, la obligación de indemnizar al administrado por los perjuicios que le hayan ocasionado los actos dictados a su amparo. En efecto, el citado artículo 142.4 de la LRJPAC no permite concluir tal automatismo, pues expresamente dispone que “La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, es decir, tal anulación no genera de manera inmediata y mecánica un derecho a la indemnización, aunque tampoco lo excluye, como confirma el artículo 102.4 de la LRJPAC, “si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.1 y 141.1 de esta Ley”.

Por tanto, la anulación es condición inicial necesaria para que la responsabilidad pueda nacer, pero insuficiente si no concurren los demás requisitos en cuanto a la acreditación de daños indemnizables. En estos términos se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6.ª) de 2 de julio de 1998, al indicar que “La mera anulación de los actos y disposiciones de la Administración, en los términos de la regulación vigente, no da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, pero sí existe ese derecho a la indemnización cuando un acto de la Administración produce un perjuicio, que el recurrente no está obligado a soportar y no es, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el aspecto objetivo de la ilegalidad del perjuicio que se materializa en la realidad de unos daños y perjuicios, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa”.

Con independencia de elementos subjetivos de imputación o de exculpación del actuar de la Administración, debemos analizar si se ha acreditado un daño antijurídico en la esfera de intereses legítimos del particular reclamante, amén de la necesaria relación de causalidad entre el daño y el acto administrativo anulado.

Tratándose de la nulidad de una disposición reglamentaria, la doctrina jurisprudencial distingue entre la inconstitucionalidad de las leyes, o la violación



por estas del Derecho de la Unión, y la ilegalidad de los reglamentos, al ser pronunciamientos sometidos a diferente cauce, sede y exigencia de legitimación.

Dejando entonces al margen las reglas singulares que rigen el ejercicio de la acción de indemnización frente a los actos de aplicación de una ley declarada inconstitucional (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2006, y Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, de 2 de junio de 2010), o los de una ley declarada contraria al Derecho de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>, de 17 de septiembre de 2010), hay que recordar que el Alto Tribunal ha sentado la inviabilidad de la acción que pretende la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de una disposición administrativa frente a los actos consentidos y firmes.

En efecto, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo ha indicado que “en el caso de disposiciones generales, el control judicial de las mismas (...) permite su impugnación directa e indirecta por los interesados (...) ante los Tribunales y acceder con ello de manera inmediata a un pronunciamiento sobre su legalidad y el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de los daños y perjuicios causados”, según resulta del artículo 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los efectos de “dicho control judicial son distintos según se trate de la impugnación directa o indirecta, pues en este caso la declaración de nulidad se proyecta sobre el acto de aplicación y en nada afecta a otros actos fundados en la misma norma que no hayan sido impugnados y, tratándose de la impugnación directa, si bien la declaración de nulidad de la disposición general tiene efectos erga omnes, ello no alcanza a los actos firmes y consentidos dictados a su amparo (...), de manera que el administrado afectado tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias derivadas de tal actuación administrativa que no resulta revisable ni afectada por aquella apreciación de ilegalidad de la norma que le sirve de amparo”.

En análogos términos se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 24 de mayo de 2005, que concluye que “la doctrina que se aplica para las consecuencias que derivan de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley no es aplicable a (...) la nulidad de disposiciones generales (...) en las que la firmeza de los actos dictados en aplicación de aquella(s) hace estéril la acción de reclamación patrimonial ejercitada al no existir un perjuicio antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Ciertamente, la doctrina sobre la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de una disposición administrativa no puede desconocer el marco normativo impuesto por los artículos 102.4 de la LRJPAC y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, que garantizan, en todo caso, la subsistencia de los actos firmes dictados al amparo de aquélla. El legislador se separa así -en aras al principio constitucional de seguridad jurídica- de la construcción teórica que predica la eficacia *ex tunc* de la nulidad declarada y su comunicación a todos los actos privados de cobertura legal. De tal regulación se deriva la necesidad de conciliar dos efectos simultáneos que pueden estar vinculados a la anulación de una disposición administrativa: la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial si se acreditan daños indemnizables y la obligación de garantizar la eficacia del acto firme. Tales extremos no son contradictorios, como en apariencia pudiera concluirse, sino que su conciliación presupone, por una parte, que los efectos propios del acto administrativo no puede tener el carácter de daños antijurídicos en tanto que el ordenamiento impone al particular la carga de soportarlos, lo que no excluye, por otra parte, la acreditación, en su caso, de daños que sí resulten indemnizables al margen del contenido concreto del acto administrativo.

En el supuesto sometido a consulta, debe subrayarse que el acto de la liquidación tributaria devino firme sin que el reclamante agotara los recursos disponibles, ni siquiera en vía administrativa, y que, posteriormente, dicho reclamante pretende, a través del instrumento de la responsabilidad patrimonial,

recuperar la cuantía pagada en concepto de aquella liquidación, más los intereses devengados. La aplicación del planteamiento expuesto a este caso conlleva desestimar la reclamación de indemnización al carecer los daños alegados de la necesaria nota de antijuridicidad, sin que por el cauce de la responsabilidad patrimonial pueda eludirse el principio de seguridad jurídica que impone el respeto a los actos firmes.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, que debe desestimarse la reclamación presentada por .....

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.