

<p>Expediente: 20/2010 Objeto: Responsabilidad patrimonial de la Comunidad Foral de Navarra como legisladora. Dictamen: 26/2010, de 10 de mayo</p>

DICTAMEN

En Pamplona, a 10 de mayo de 2010,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don Julio Muerza Esparza, Consejero-Secretario accidental; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la consulta

El día 5 de marzo de 2010 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1, ambos de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, se recaba dictamen preceptivo sobre sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por don ..., en representación de ..., y por don ..., en representación de ..., solicitado por Orden Foral 22/2010, de 22 de febrero, del Consejero de Economía y Hacienda.

La citada Orden Foral, incluida en el expediente, dispone que se remitan al Consejo de Navarra, para su dictamen, los expedientes de responsabilidad patrimonial promovidos por don ..., en representación de ..., y por don ..., en representación de ..., tramitadas como expedientes de responsabilidad patrimonial números 7/2006 y 8/2006, respectivamente, así como la propuesta de resolución, del Director General de Patrimonio, desestimatoria de la

reclamaciones.

El expediente incluye, entre otros, los documentos que se reseñan seguidamente:

1. Reclamación presentada el día 3 de octubre de 2006 por don ..., en representación de ... (expediente 7/2006).
2. Reclamación presentada el día 27 de abril de 2006 por don ..., en representación de ... (expediente 8/2006).
3. Petición de informe, de 11 de octubre de 2006, de la Sección de Contratación y Seguros del Servicio de Patrimonio al Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra.
4. Petición de informe, de 23 de octubre de 2007, del Director del Servicio de Patrimonio al Servicio de Tributos Indirectos y Grandes Empresas al Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra.
5. Informe, de 11 de diciembre de 2008, de la Sección del Impuesto sobre el Valor Añadido.
6. Resoluciones de la instructora, de 23 de febrero de 2009, poniendo de manifiesto los expedientes 7/2006 y 8/2006, con apertura de periodo de alegaciones.
7. Alegaciones de ..., presentadas el 26 de marzo de 2009.
8. Alegaciones de ..., presentadas el 10 de marzo de 2009.
9. Escrito, de fecha 26 de marzo de 2009, remitido por el Director del Servicio de Patrimonio a la Subdirección General de Recursos y Reclamaciones y Relaciones con la Justicia, solicitando información de actuaciones realizadas por la Administración del Estado en reclamaciones similares a las que son objeto de este expediente.
10. Contestación de la Subdirectora General Adjunta de la Subdirección General de Recursos y Reclamaciones y Relaciones con la Justicia,

de fecha 7 de abril de 2009.

11. Dos resoluciones del Director del Servicio de Patrimonio, de 14 de septiembre de 2009, por las que se pone de manifiesto a ... y a Industrias Alimentarias de Navarra S.A.U., respectivamente, el dictamen emitido por el Consejo de Navarra el 7 de septiembre de 2009, el dictamen del Consejo de Estado de 17 de mayo de 2007, y el acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de junio de 2007; se da por concluida la fase de Instrucción y se concede a los interesados plazo para formular alegaciones y presentar documentos.
12. Alegaciones de ..., presentadas el 1 de octubre de 2009.
13. Alegaciones de ..., presentadas el 5 de octubre de 2009.
14. Propuesta de resolución elevada, el día 2 de febrero de 2010, por el Director del Servicio de Patrimonio al Director General de Patrimonio.
15. Texto de la resolución que, en su caso, dictará el Director General de Patrimonio.

I.2ª. Antecedentes de hecho

A) *Reclamación 7/2006 de ...*

... presentó, el día 3 de octubre de 2006, reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Gobierno de Navarra originada por una minoración de 171.090,16 euros del Impuesto sobre el Valor Añadido soportado deducible, en su autoliquidación del mes de febrero de 2000, como consecuencia de la percepción de una subvención de capital de 534.910.590 pesetas y por aplicación de lo establecido en los artículos 48.1 párrafo segundo y 50.2.2º párrafo segundo de la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LFIVA), reguladores de la regla de prorrata. La liquidación se ha convertido en definitiva y firme por transcurso del plazo de 4 años sin que se haya producido actuación con virtualidad de interrumpir la prescripción.

La reclamación de responsabilidad patrimonial de ... trae causa de la

publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 6 de octubre de 2005, recaída en el asunto C-204/2003, en la que se declara que “el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, de los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, en su versión modificada por la Directiva 95/7/CE del Consejo, de 10 de abril de 1995, al prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones”.

De la sentencia se desprende que los artículos 102 y 104.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en su redacción entonces vigente, contravenían el Derecho comunitario. La vulneración era asimismo predicable de los artículos 48 y 50.2.2º de la LFIVA que, en la redacción a la sazón vigente, tenían el mismo contenido.

Los efectos de dicha sentencia no han sido limitados en el tiempo por el tribunal y se retrotraen, a juicio de la reclamante, hasta la fecha en que se produjo la antinomia entre el ordenamiento comunitario y la norma declarada contraria a él.

La reclamación se dirige contra el Gobierno de Navarra en su condición de responsable solidario con el Estado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

En la fundamentación jurídica de esta reclamación se desarrollan los siguientes argumentos:

La firmeza de los actos administrativos de liquidación tributaria no afecta a

esta reclamación, que no está dirigida a obtener su rectificación o anulación. Dichos actos conservan su validez y todos sus efectos. La acción que se ejercita es la de responsabilidad por daño causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en este caso, la promulgación de una Ley Foral contraria al Derecho comunitario.

La doctrina del Tribunal Supremo es favorable al reconocimiento del derecho a la indemnización de los daños causados por la aplicación de leyes inconstitucionales, en los términos expresados en la sentencia de 29 de febrero de 2000 y otras posteriores, dictadas a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38.Dos.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que creó el gravamen complementario sobre la tasa fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar. En estos casos, el Tribunal Supremo estimó que las liquidaciones firmes del gravamen complementario provocaron “un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición, legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada”. El título de imputación o elemento de la antijuridicidad del daño reside en la nulidad del precepto legal inconstitucional, de la que se deduce la nulidad radical de la liquidación fundada en él.

Dice la interesada que no existe deber jurídico de soportar los daños porque no se trata de reclamar contra el ingreso tributario en sí mismo, que fue un acto debido en el momento en que se realizó porque estaba amparado por la ley, sino de reparar el daño causado por una actuación legislativa que no debió producirse. El resarcimiento del daño no equivale a la devolución de los ingresos realizados y por ello no se aplica el plazo de prescripción de las obligaciones tributarias, sino el previsto por la LRJ-PAC para la responsabilidad patrimonial del Estado.

En el escrito de reclamación se expone la doctrina del TJCE sobre la retroacción de los efectos de las sentencias declarativas de la vulneración del ordenamiento comunitario. Asimismo se analiza el contenido de la sentencia del

TJCE de 6 de octubre de 2005, y se rebate la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inaplicabilidad de su jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial sobrevenida por declaración de inconstitucionalidad de las leyes al caso de los daños derivados de actos que se apoyan en una ley declarada contraria al Derecho comunitario. A juicio de la reclamante, no es aceptable que en el segundo caso no se admita la responsabilidad patrimonial cuando han sido consentidos o devenido firmes los actos aplicativos del tributo, dado que los efectos de la inconstitucionalidad y de la vulneración del Derecho comunitario son similares.

Considera también la reclamante que el acto que provocó el ingreso incurre en la nulidad prevista por el artículo 217.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición).

B) Reclamación 8/2006 de ...

... presentó ante el Gobierno de Navarra, el día 27 de abril de 2006, un escrito en el que ejerce la misma acción de responsabilidad patrimonial por minoración de 160.244,78 euros en el IVA soportado deducible en la autoliquidación correspondiente al mes de diciembre de 2000, como consecuencia de la percepción de una subvención de capital por importe de 1.001.530 euros, en virtud de lo establecido en los artículos 48.1 párrafo segundo y 50.2.2º párrafo segundo de la LFIVA, reguladores de la regla de prorata.

La reclamación también se funda en la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 6 de octubre de 2005, recaída en el asunto C-204/2003.

Según la reclamante, “la nulidad de pleno derecho de los artículos antes citados, tiene plenos efectos retroactivos como se señala expresamente en la propia Sentencia”.

Aduce, además, que la incorrecta transposición de la Sexta Directiva le ha

provocado unos daños que no está obligada a soportar, que la causa directa y exclusiva de los daños es la normativa de la Comunidad Foral de Navarra que se vio obligada a aplicar en su autoliquidación y que el principio de indemnidad obliga a la Administración a proporcionar una reparación íntegra del daño sufrido, por lo que deberá procederse al reembolso del importe correspondiente al IVA no deducido, junto con los intereses correspondientes.

I.3ª. Instrucción del expediente

El día 23 de octubre de 2008, el Director del Servicio de Patrimonio solicitó al Servicio de Tributos Indirectos y Grandes Empresas informe sobre las actuaciones desarrolladas por el Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra en relación con los expedientes de responsabilidad patrimonial 2/2006, 3/2006, 6/2006, 7/2006, 8/2006, 56/2007 y 67/2007.

El informe fue evacuado por la Sección del Impuesto sobre el Valor Añadido del Servicio de Tributos Indirectos y Grandes Empresas el día 11 de diciembre de 2008. En él se relacionan las actuaciones desarrolladas tras las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones o de devolución de ingresos indebidos formuladas por los interesados y su desestimación basada en la prescripción del derecho a la rectificación de la autoliquidación.

Se adjunta al informe, entre otros documentos, la Resolución del Director Gerente de la Hacienda Tributaria de Navarra, sobre los efectos derivados de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005 en Navarra, en la que se afirma que los efectos de la Sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2005 “han de ser plenamente aplicables en la tributación que corresponde a Navarra”, dado que las normas reguladoras del Impuesto sobre el Valor Añadido navarro son las mismas por las que se rige el Impuesto sobre el Valor Añadido de régimen común, por así exigirlo el artículo 32 del Convenio Económico que obliga a Navarra a aplicar los mismos principios básicos, normas sustantivas y formales vigentes en cada momento en el territorio del Estado.

En consecuencia, la resolución establece los criterios para aplicar la regla de prorrata de modo acorde con la sentencia. En particular interesa aquí

destacar que el Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra sólo admite la revisión de autoliquidaciones correspondientes a periodos no prescritos.

El día 23 de febrero de 2009 la instructora del procedimiento adoptó dos acuerdos en los que dio por concluida la instrucción de los expedientes de responsabilidad patrimonial números 7/2006 y 8/2006 respectivamente. Asimismo emplazó a los reclamantes durante diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación del Acuerdo, para formular alegaciones y presentar documentos en defensa de su derecho. Tanto ... como ... hicieron uso de su derecho, presentando sendos escritos de alegaciones.

En fecha posterior, el 26 de marzo de 2009, el Director del Servicio de Patrimonio se dirigió a la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Justicia del Ministerio de Economía y Hacienda en solicitud de información sobre las actuaciones realizadas relativas a reclamaciones similares interpuestas ante la Administración del Estado. La Subdirección General atendió la solicitud mediante escrito de 7 de abril de 2009 y envió al Servicio de Patrimonio del Departamento de Economía y Hacienda de Navarra un dictamen del Consejo de Estado de 17 de mayo de 2007, emitido en expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado iniciado a instancia de ..., así como el texto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2007 por el que se desestimó la citada reclamación, y de un requerimiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del que se desprende que ... ha interpuesto recurso contencioso-administrativo frente al Acuerdo del Consejo de Ministros.

En esta fase de tramitación se solicitó dictamen del Consejo de Navarra, evacuado con el número 35 de 2010, en el que se concluyó que debía retrotraerse el expediente para poner de manifiesto a ... los documentos incorporados con posterioridad a su escrito de alegaciones finales.

Conforme con el criterio del Consejo de Navarra, el Director del Servicio de Patrimonio ha acordado la apertura de un nuevo trámite de audiencia en el que se han puesto de manifiesto a ... y a ... tanto el dictamen citado del Consejo de Navarra, como el dictamen del Consejo de Estado y el Acuerdo del Consejo

de Ministros a los que hemos aludido.

El día 1 de octubre de 2009 presentó ... sus nuevas alegaciones, dando por reproducidas las contenidas en su escrito de inicio del procedimiento.

... también ratifica sus argumentos en escrito presentado el día 5 de octubre de 2009, en el que, además, insiste en la atribución de la responsabilidad patrimonial a la Comunidad Foral de Navarra porque, a su juicio, el legislador foral no estaba obligado a reproducir el contenido de los artículos 102 y 104.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, por ser estos últimos contrarios al ordenamiento comunitario.

I.4ª. Propuesta de resolución

El día 2 de febrero de 2010, el Director del Servicio de Patrimonio elevó al Director General de Patrimonio propuesta de resolución desestimatoria de las reclamaciones números 2/2006, 3/2006, 7/2006, 8/2006, 56/2007 y 67/2007 con el visto bueno del Director del Servicio de Patrimonio.

Consta en el expediente el texto de la futura resolución del Director General de Patrimonio (por delegación del Consejero de Economía y Hacienda, en virtud de Orden Foral 92/2008, de 2 de mayo) que, de acuerdo con la propuesta, desestima las reclamaciones citadas en el párrafo anterior. Nuestro dictamen se refiere exclusivamente a las que llevan los números 7/2006 y 8/2006, a las que se refiere la consulta. El resto de las reclamaciones fueron consideradas en nuestro dictamen 35/2010, en el que llegamos a la conclusión de que para ellas no era preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª Objeto y carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta versa sobre dos reclamaciones de responsabilidad formuladas por sendas entidades jurídicas que aplicaron por sí mismas la normativa reguladora de la prorrata del Impuesto sobre el Valor Añadido, que ha sido declarada contraria al Derecho comunitario por Sentencia del TJCE de

6 de octubre de 2005, y a las que se ha denegado el derecho a la rectificación de su autoliquidación por haber transcurrido el plazo de prescripción de la obligación tributaria.

El artículo 16.1 letra i) de la LFCN ordena que el Consejo de Navarra sea consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo y que se refieran, entre otras, a reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros.

Las dos reclamaciones que se acumulan en el expediente tienen, cada una de ellas, cuantía superior a la cifra indicada, por lo que el Consejo de Navarra emite, en este caso, dictamen de carácter preceptivo.

II.2ª. Tramitación del expediente y competencia para resolver

La tramitación de los expedientes acumulados a efectos de este dictamen se inició a instancia de las entidades reclamantes. Posteriormente se cumplimentaron los actos de instrucción a que se ha hecho referencia anteriormente y, concluida la instrucción, se ha dado audiencia a los interesados, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 11 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 marzo (en adelante, RPRP).

Por lo tanto, el procedimiento se ha tramitado de acuerdo con las reglas fijadas al efecto en la LRJ-PAC y en el RPRP.

La competencia para resolver las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de los órganos legislativos se resuelve, con carácter general, por el artículo 142.2 de la LRJ-PAC, del siguiente tenor: “Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local”.

En el ámbito estatal la competencia corresponde al Consejo de Ministros y

así ha sido admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero no es esta la cuestión que aquí se suscita, sino la de qué órgano de la Comunidad Foral de Navarra es el “órgano correspondiente” al que se refiere el precepto citado. En este punto es necesario recordar la competencia exclusiva, de origen histórico, de la Comunidad Foral de Navarra para regular la composición, atribuciones, organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Instituciones Forales, expresamente reconocida por el artículo 49.1.a) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (en adelante, LORAFNA). Igualmente, Navarra tiene competencia exclusiva de carácter foral para establecer el régimen jurídico de la Diputación Foral, de su Administración y de los entes públicos dependientes de la misma [artículo 49.1.e) de la LORAFNA].

A la luz de las normas citadas, la correspondencia entre los órganos a que se refiere el artículo 142.2 de la LRJ-PAC no puede interpretarse como una referencia al órgano que, en el ámbito foral, desempeña funciones de similar naturaleza a las del Consejo de Ministros en el marco estatal. Se trata, más bien, de una remisión a las normas que, sobre organización de sus instituciones y atribución de competencias, estén vigentes en la Comunidad Foral de Navarra, sea por estar contenidas en la LORAFNA, su norma institucional básica, o por haber sido dictadas en uso de las atribuciones conferidas por ella.

Así pues, se ha de acudir al artículo 78 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, donde se establece que “en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, el órgano competente para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial será el Consejero titular del Departamento cuya actuación haya podido generar aquélla”.

La interpretación de este precepto requiere igualmente un matiz importante en relación con el significado de la actuación generadora del daño que, en casos como el presente, no es equiparable al concepto de causa del daño antijurídico en el sentido que corresponde a esta expresión cuando hablamos de los elementos o requisitos que han de concurrir para el nacimiento de la obligación de indemnizar al perjudicado.

Se puede distinguir entre la relación de causalidad que ha de concurrir entre la actuación de la Administración y el daño sufrido para que surja la responsabilidad patrimonial y otra distinta que la Administración haya intervenido con sus actos en la generación material de un daño cuya causa jurídica sea atribuible a los actos de otros organismos o entidades diferentes. Materialmente, el daño suele tener una pluralidad de causas, pero jurídicamente no es causa del daño todo acto que concurre en su generación.

Este Consejo de Navarra considera que la norma del artículo 78 de la LFACFN, atributiva de la competencia para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial al Consejero titular del Departamento cuya actuación haya podido generar aquélla, es de carácter exclusivamente organizativo y no comporta pronunciamiento alguno sobre la relación jurídica de causalidad entre la acción y el daño, puesto que la afirmación de la causalidad es, por necesidad lógica, posterior a la atribución de la competencia para resolver sobre ella. Así pues, la competencia para resolver este expediente corresponde al Consejero de Economía y Hacienda, ya que fue un acto de un organismo autónomo dependiente de su Departamento (la Hacienda Tributaria de Navarra), el que generó la responsabilidad patrimonial en el sentido del artículo 78 de la LFACFN.

II.3ª. Consideraciones sobre el fondo del asunto

La conocida como responsabilidad del Estado legislador es una institución compleja e intensamente debatida, que ha acabado por ser admitida en nuestro ordenamiento a partir del principio de responsabilidad de los poderes públicos (que algunos autores conciben exclusivamente como responsabilidad política, pero la jurisprudencia suprema la caracteriza también como responsabilidad patrimonial) y la interdicción de la arbitrariedad.

No ha ofrecido dudas la responsabilidad patrimonial por el dictado de leyes de carácter expropiatorio sin reconocimiento del derecho a la indemnización, aunque en este caso se debería hablar más bien de nulidad de la expropiación basada en una ley contraria al artículo 33.3 de la Constitución Española, según el cual “nadie podrá ser privado de bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la

correspondiente indemnización...”

La LRJ-PAC ha incorporado, de forma limitada y restringida, a su artículo 139.3 la responsabilidad por acto legislativo de naturaleza no expropiatoria, estableciendo que “las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

No es este el caso que nos ocupa, pues difícilmente puede establecerse el deber de indemnizar en una ley que, después de su promulgación, es declarada contraria al Derecho comunitario.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia suprema ha considerado que en la ley declarada inconstitucional se encuentra implícito el deber de indemnizar, por el carácter antijurídico de dicha ley y por la imposibilidad material de que en ella se establezca expresamente dicho deber. Las numerosas sentencias existentes sobre la materia, dictadas las más de ellas en reclamaciones promovidas por sujetos pasivos del Gravamen Complementario de la Tasa de Juego creado por la Ley 5/1990, de 29 de junio, han consolidado el criterio de que —salvo que el Tribunal Constitucional limite los efectos *pro praeterito* de sus sentencias— la nulidad de la ley comporta la de los actos dictados en su aplicación y, en caso de que hayan causado un perjuicio patrimonial al interesado y no sean revisables por haber adquirido firmeza, nos sitúan ante un supuesto de daños antijurídicos que el administrado no tiene el deber de soportar y de los que deberá ser indemnizado si concurren los demás requisitos exigidos, con carácter general, como presupuesto de la reparación.

También se ha planteado doctrinal y jurisprudencialmente el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado por la promulgación de leyes contrarias al Derecho comunitario. En este caso hay que partir, como premisa, de la jurisprudencia del TJCE que ha proclamado el principio general de responsabilidad de los poderes públicos a quienes está encomendada la aplicación del Derecho comunitario, sobre la base del reconocimiento expreso, en el artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes

artículo 288 del TCE), de la responsabilidad derivada de los daños causados por las instituciones de la Unión o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, a pesar de la similitud existente entre este caso y el de la ley declarada inconstitucional, el Tribunal Supremo se ha resistido a admitir el carácter antijurídico del daño causado por la aplicación de leyes contrarias al Derecho comunitario porque, en su opinión, las sentencias del TJCE no expulsan del ordenamiento, con carácter retroactivo, la norma interna contraria a la norma comunitaria y esta última es directamente invocable ante los tribunales españoles. Así lo declaró la STS de 24 de mayo de 2005 (recurso número 73/2003) en la que se puede leer, en un párrafo más que discutible, que la sentencia que resuelve una cuestión prejudicial “no acarrea *per se* la desaparición *ex tunc* de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad, ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional normalmente sean *ex nunc* correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso”. La retroacción de los efectos de las sentencias del TJCE está reiteradamente proclamada por el Tribunal de Luxemburgo. Baste citar una sentencia reciente, la STJCE de 30 de marzo de 2006 (asunto C-184/04, *Uudenkaupungin kaupunki*):

“53. Conforme a reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 234 CE, haga el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario aclara y precisa, cuando sea necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que haya sido interpretada por este Tribunal puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, *Blaizot*, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27, y de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 141).

(...)

55. Tan sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, en cumplimiento del principio general de seguridad jurídica inherente al

ordenamiento jurídico comunitario, limitar la posibilidad de que los interesados aleguen una disposición que el Tribunal de Justicia haya interpretado con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para que pueda decidirse una limitación semejante, es preciso que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias de 28 de septiembre de 1994, Vroege, C-57/93, Rec. p. I-4541, apartado 21, y de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-0000, apartado 51).”

La negativa del Tribunal Supremo a estimar acciones de responsabilidad patrimonial basadas en el incumplimiento del Derecho comunitario, se manifestó también a propósito de una reclamación de daños causados por la aplicación del artículo 111 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA), que —antes de su adaptación a la directiva comunitaria— difería indebidamente la deducción de cuotas soportadas antes del inicio de la actividad (cfr. sentencia del TJCE de 21 de marzo de 2000, en asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa, S.L., y otros contra la AEAT). El Tribunal Supremo declaró, en su sentencia de 29 de enero de 2004, que la doctrina sobre la ley inconstitucional no es trasladable a este caso porque la contradicción con la legislación europea “es directamente invocable ante los tribunales españoles y por tanto la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después al acta de liquidación y tanto la administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario. La recurrente en este caso, al contrario de lo que acontece en los supuestos de gravamen complementario de la tasa de juego, sí era titular de la acción por invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario que debía ser aplicado directamente por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado expresamente, por tanto la doctrina del acto firme y consentido unida al principio de seguridad jurídica justifica en este caso, al contrario de lo que hemos establecido en las sentencias citadas sobre ingreso indebido del gravamen complementario, la no aplicación al caso de autos de la doctrina sentada en aquellas sentencias y la desestimación de la pretensión indemnizatoria ya que la recurrente, al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado al no concurrir en el caso que nos ocupa la misma

circunstancia que en las sentencias de esta sala anteriormente citadas”.

Según esta doctrina, el consentimiento o falta de reacción del obligado tributario frente a la liquidación realizada en aplicación de la ley contraria a la directiva comunitaria rompe la relación de causalidad entre la infracción imputada a la ley española y el daño sufrido, que ya no es imputable a la ley, sino al hecho de haber tolerado el acto antijurídico. Tampoco este argumento es aceptable, porque resulta contrario al principio de efectividad y al principio de equivalencia, tal como ha proclamado el TJCE en la reciente sentencia de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L.*).

Esta última sentencia ha resuelto las dudas, planteadas por el Tribunal Supremo español, de si el Derecho de la Unión se opone a una regla de un Estado miembro en virtud de la cual las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado basadas en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional están sometidos al requisito del agotamiento previo de las vías de recurso contra el acto administrativo lesivo, mientras que dichas reclamaciones no están sujetas a tal requisito cuando se basan en una infracción de la Constitución por esta misma ley. Según el TJCE, ambas reclamaciones “tienen exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado”. Además, “la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro, no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción”. De este modo, llega a la conclusión de que “la única diferencia existente entre las dos reclamaciones... consiste en que las infracciones jurídicas en las que se basan han sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al artículo 226 CE y, en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional” y, por lo tanto, “el principio de equivalencia se opone a la aplicación de una regla como la controvertida en el litigio principal”.

Ahora bien, con independencia de lo que deba resolverse en cuanto al fondo del asunto, en el caso aquí examinado es necesario cuestionar también si

la Comunidad Foral de Navarra está pasivamente legitimada para soportar la acción de resarcimiento en que ... e ... apoyan sus pretensiones.

A tal efecto hay que señalar que, en una primera apreciación, es una ley foral del Parlamento de Navarra la norma legal que ha sido aplicada en las liquidaciones tributarias que han causado el daño que las entidades reclamantes dicen no tener deber jurídico de soportar. En este sentido podría pensarse que es la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, como titular de las relaciones jurídicas en las que es parte la Comunidad Foral, quien debe reparar el daño causado.

Pero esta primera apreciación decae si se tiene en cuenta que la Comunidad Foral de Navarra dispone de un poder normativo limitado en materia de Impuesto sobre el Valor Añadido y no puede determinar libremente el contenido de las normas sustantivas reguladoras de dicho impuesto. Es cierto que en Navarra no se aplican las normas tributarias del Estado, en virtud de lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución Española y en las normas que actualizan los derechos históricos de la Comunidad Foral de Navarra en lo relativo a su régimen económico y financiero (Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. y Convenio Económico). Pero no es menos cierto que, por lo que respecta al Impuesto sobre el Valor Añadido, Navarra está obligada a aplicar los mismos principios básicos, normas sustantivas y formales vigentes en cada momento en territorio del Estado (artículo 32 del Convenio Económico).

A la vista de todo ello, la Comunidad Foral de Navarra no es la causante del daño cuya reparación pretenden las entidades reclamantes, y así lo admiten el dictamen del Consejo de Estado y la resolución del Consejo de Ministros que obran en el expediente. El poder normativo tributario de la Comunidad Foral de Navarra en materia de Impuesto sobre el Valor Añadido es limitado, y no forma parte de sus competencias la potestad de determinar el contenido o régimen sustantivo del impuesto. En esta materia, las instituciones forales han de limitarse exclusivamente a trasladar el régimen jurídico decidido y dispuesto por el Estado, por lo que ninguna responsabilidad puede imputársele por los daños

derivados de la aplicación de una normativa cuyo contenido no ha sido libremente determinado por la Comunidad Foral de Navarra.

Frente a esta conclusión no puede aducirse simplemente que la norma legal aplicada por las liquidaciones causantes del daño es una Ley Foral del Parlamento de Navarra y que Navarra debería haber transpuesto correctamente la directiva comunitaria. A diferencia de lo que alegan los reclamantes, la Comunidad Foral de Navarra no está habilitada para aplicar directamente el Derecho comunitario cuando ello signifique una extralimitación en las competencias que constitucionalmente le corresponden. Ciertamente, todos los órganos del Estado están vinculados por el Derecho comunitario, que es de aplicación directa y prevalece sobre las normas internas, pero ello no significa que cualquier órgano del Estado pueda invadir competencias ajenas para alcanzar un determinado resultado (en este caso, la efectividad del Derecho comunitario), por más que dicho resultado sea en sí mismo lícito. Los entes públicos sólo pueden actuar en el ámbito de las competencias que constitucional y legalmente tienen atribuidas. En el presente caso, la Comunidad Foral de Navarra carecía de competencia para establecer una regulación distinta de la del Estado y no tenía, por tanto, posibilidad de aplicar por sí misma y directamente la norma comunitaria, sin que esto signifique desconocer o negar el principio de primacía del Derecho comunitario. El principio de primacía, que tiene su origen en la Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal), no impone a los órganos del Estado del deber de asegurar la aplicación del Derecho comunitario extralimitándose en sus propias facultades o competencias. Esta conclusión se encuentra explícitamente recogida en la propia sentencia Simmenthal que señala, en su apartado 24, que “el juez nacional encargado de aplicar, *en el marco de su competencia*, las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando inaplicada si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.

Estas conclusiones encuentran respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual no ha dudado en desvincular la obligación de reparar el daño

de la Administración que aplicó la ley inconstitucional y que se benefició del ingreso tributario derivado de dicha aplicación. A estos efectos es oportuna la cita de la STS de 13 de junio de 2000, en tanto en cuanto permite desligar la responsabilidad patrimonial por daños de la eventual compensación basada en una acción de enriquecimiento sin causa: “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. El Estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la ley declarada inconstitucional y, mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario puede haber sido la autonómica, como en el caso examinado, u otra de distinto carácter” (STS de 13 de junio de 2000, F 9).

Tampoco es válida la invocación del principio de solidaridad establecido por el artículo 140 de la LRJ-PAC, puesto que dicho precepto se refiere a las fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas, que no se dan en nuestro caso, y a los demás supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, que tampoco se produce aquí porque la causa del daño se sitúa única y exclusivamente en la legislación aprobada por el Estado. Por lo demás, el citado artículo 140 de la LRJ-PAC dispone que en los “supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.” La competencia y la intensidad de la intervención son aquí perfectamente identificables por lo que, aun en la hipótesis de que el artículo 140 de la LRJ-PAC resultase aplicable, la solución seguiría siendo la misma.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por don ..., en representación de ..., y

por don ..., en representación de ..., deben ser desestimadas.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.