

ACUERDO DE 12 DE JUNIO DE 2018, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE DESESTIMA LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL INTERPUESTA POR LA REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD PUERTO DEPORTIVO DE MARBELLA, S.A., RELATIVA A DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA ANULACIÓN DEL DECRETO 371/2004, DE 1 DE JUNIO, POR EL QUE SE REGULAN LOS CÁNONES DE LAS CONCESIONES EN LOS PUERTOS E INSTALACIONES PORTUARIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.

Examinada la reclamación por responsabilidad patrimonial interpuesta por la representación de PUERTO DEPORTIVO DE MARBELLA S.A., mediante la que solicita una indemnización de 1.406.755,04 euros más intereses, derivado de la anulación del Decreto 371/2004, de 1 de junio, por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, resultan los siguientes

HECHOS

Primero. Mediante Resolución del Consejo de Ministros de fecha el 1 de octubre de 1976 se otorga concesión administrativa a la entidad PUERTO DEPORTIVO DE MARBELLA, S.A. para la construcción y explotación de un Puerto Deportivo de base o invernada en el término municipal de Marbella.

Segundo. Con fecha 22 de junio de 2004 tiene entrada en vigor el Decreto 371/2004, de 1 junio, por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Tercero. Mediante Orden de 10 de julio de 2006, de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, se aprueba la revisión del canon de la concesión administrativa a PUERTO DEPORTIVO DE MARBELLA, S.A., no siendo recurrida por la concesionaria ni en reposición ni en vía judicial.

La citada resolución de revisión del canon concesional se aprueba conforme a los artículos 9 y 14 de la Ley 6/1986, de 5 de mayo, sobre determinación y revisión de tarifas y cánones en puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma Andaluza, en la redacción dada por las leyes

15/2001, de 26 de diciembre, y 10/2002, de 21 de diciembre, y al anteriormente citado Decreto 371/2004, de 1 junio, por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Cuarto. El 3 de julio de 2014, en recurso de casación número 2977/2011, es dictada por el Tribunal Supremo Sentencia por la que se anula el Decreto 371/2004, de 1 junio, por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Quinto. El 19 de marzo de 2015 se recepciona en la Delegación de Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería escrito dirigido a la Consejería de Fomento y Vivienda firmado por el representante de la entidad PUERTO DE MARBELLA S.A. solicitando que se acuerde la incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración por importe de 1.406.755,04 euros, más el interés legal desde la fecha de la presentación de la reclamación.

En el citado escrito se expone, de manera resumida y con el acompañamiento de la documentación que se estima oportuna, que el Decreto 371/2004, de 1 de junio, por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha sido anulado por Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2014 y que al haberse girado las liquidaciones de canon concesional correspondientes al período entre el 10 de julio de 2006 y 31 de diciembre de 2012 por un total de 1.432.521,44 euros al amparo de esta norma, se produce nulidad radical y absoluta de estos actos, cifrándose el perjuicio en 1.406.755,04 euros, fruto de la diferencia entre las liquidaciones abonadas y las que hubieran procedido por importe de 25.766,40 euros. conforme al título otorgado en 1976, de no haberse realizado la revisión del canon concesional.

Sexto. En base a la referida Orden de revisión del canon de 10 de julio de 2006, así como a la restante normativa especificada en el hecho tercero, son objeto concreto de la reclamación las siguientes liquidaciones con importe en euros emitidas a la entidad concesionaria

Liquidación	Periodo	Importe
SEGI06-0062	1/7/06-10/7/06	149,47
SEGI06-0063	11/7/06- 31/12/06	42.097,43
SEGI07-0002	1er semestre 2007	44.666,84
SEGI07-0013	2do semestre 2007	85.724,41
SEGI08-0001	1er semestre 2008	88.583,52
SEGI08-0014	2do semestre 2008	130.568,18
SEGI09-0008	1er semestre 2009	133.738,47
SEGI09-0017	2do semestre 2009	177.901,18
SEGI10-0040	1er semestre 2010	99.965,29
SEGI10-0041	1er semestre 2010	64.734,97
SEGI10-0088	2do semestre 2010	186.563,33
SEGI11-0004	1er semestre 2011	187.361,26
SEGI110035	2do semestre 2011	190.466,71
TOTAL		1.432.521,44

Las liquidaciones relacionadas son firmes y consentidas al no haberse interpuesto recurso económico administrativo ni judicial.

Séptimo. El 5 de octubre de 2016, la Coordinadora General de la Agencia de Puertos de Andalucía traslada informe del Director de los Servicios Jurídicos y Contratación de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, fechado el 26 de septiembre de dicho año, en relación con la reclamación por responsabilidad patrimonial planteada.

Dicho informe, cuyo literal se da por reproducido, concluye afirmando la procedencia de la desestimación de la citada reclamación por las razones que en el mismo se exponen.

Octavo. El 23 de noviembre de 2016, el Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería de Fomento y Vivienda, notifica a la parte reclamante los datos del expediente administrativo aperturado con el número consignado ut supra, informando asimismo sobre lo preceptuado en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En la citada notificación se comunica asimismo la apertura de trámite de audiencia previsto en el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, para lo que se acompaña copia del anteriormente referido informe jurídico de 26/09/2016 sobre la reclamación presentada, a la vez que se significa que se consideran innecesarias la realización de las pruebas propuestas en el escrito inicial de reclamación.

Noveno. El 7 de diciembre de 2016, el representante de la entidad portuaria presenta escrito de alegaciones mediante el que ratifica la petición de reclamación de responsabilidad patrimonial realizada en el escrito inicial más los intereses legales correspondientes que, indica, es el importe del perjuicio ocasionado a Puerto Deportivo Marbella, S.A., si bien termina solicitando una indemnización para dicha entidad por la suma de 344.161,30 euros. Dicha cantidad resulta ser idéntica a la solicitada en la reclamación por responsabilidad patrimonial tramitada como expediente n.º RP 15/5817, de la Consejería de Fomento y Vivienda, interpuesta por la misma persona, en tal ocasión como representante de Puerto Deportivo Aguadulce, S.A. (entidad a la que se alude en una ocasión en el citado escrito de alegaciones).

Décimo. Previo informe del Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía de fecha 27 de noviembre de 2017, se emite sobre la reclamación planteada el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía n.º 113/2018, de fecha 21 de febrero, de conformidad con lo establecido en los artículos 17.10 a) y 20, párrafo segundo, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, reguladora del citado órgano consultivo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. El escrito que origina el procedimiento de referencia debe calificarse, como hace la parte reclamante, de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, responsabilidad consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución Española, cuya regulación normativa

se encuentra en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No obstante, por aplicación de la disposición transitoria tercera, apartado a), de la citada Ley y al haberse iniciado el procedimiento con anterioridad a su entrada en vigor, es de aplicación al presente expediente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que es desarrollada por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

La referida regulación normativa resulta de aplicación a la Comunidad Autónoma de Andalucía conforme a lo previsto en el artículo 149.1.18 de la Constitución, sin perjuicio de la competencia compartida que corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, para determinar el procedimiento y establecer los supuestos que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a ella, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, según dispone el artículo 47.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en intrínseca relación con lo preceptuado en el artículo 123.2 del mismo.

Segundo. El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía es competente para conocer y resolver la presente reclamación de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.2 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al fundamentarse en un supuesto perjuicio ocasionado con motivos de abonos efectuados por diversos conceptos al amparo del Decreto 371/2004, de 1 de junio, de ese mismo Consejo de Gobierno, declarado nulo por Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2014, en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 k) *in fine*, de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, no siendo de aplicación el Acuerdo de 27 de marzo de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se delega en la Consejería de Fomento y Vivienda la competencia para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial relativas a daños y perjuicios derivados de la anulación del Decreto 371/2004, de 1 de junio, por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Tercero. De conformidad con el artículo 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debe entenderse la condición de interesado de PUERTO DEPORTIVO DE MARBELLA S.A., al ser titular de una concesión demanial portuaria, afectada por la aplicación del citado Decreto 371/2004, de 1 de junio, por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, a tenor de la documentación obrante en el expediente se reputa válida la representación conferida.

Cuarto. Con respecto al presupuesto temporal de la acción se significa que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que el derecho a reclamar prescribe al año del producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En el presente supuesto, la reclamación trae causa de la nulidad del referido Decreto 371/2004, decretada por Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2014, encontrándose por tanto en plazo por haber sido interpuesta el 19 de marzo de 2015.

Quinto. Realizadas las consideraciones precedentes, debe significarse con carácter ineludible que nos encontramos, como se acaba de indicar, ante una reclamación por responsabilidad patrimonial que trae su causa en la declaración judicial de nulidad de una disposición administrativa de carácter general,

en concreto el Decreto 371/2004, de 1 de junio, por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Al respecto, el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que *“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización”*. Ello no obstante, como recuerda el Consejo Consultivo de Andalucía en sus dictámenes 297 y 464/2013, en la exégesis de esta norma ha prevalecido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la tesis que lleva a concluir que lo único que pretende el legislador es negar la existencia de una automática correspondencia entre anulación y responsabilidad, más no por ello debe perderse de vista su finalidad que no es otra que la de advertir a quien tiene que dilucidar la procedencia de las reclamaciones de daños y perjuicios, que la causa para la estimación de éstas no está en el reproche que puedan merecer las irregularidades que den lugar a la anulación del acto, sino en la efectiva producción de un daño antijurídico para el reclamante.

Esta línea interpretativa -como señala el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 439/2016- coincide con la mantenida por el Consejo de Estado, entre otros en el Dictamen 305/1992, al referir que el citado precepto *“no pretende exonerar a la Administración de responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de los actos anulados, sino que persigue tan sólo el estricto rigor en la determinación y calificación de la lesión como indemnizable, en el bien entendido de que se halla vedada la pretensión de reducir los requisitos a la mera asociación entre un posible daño y la anulación del acto administrativo de la que se sigue o por la que se exterioriza”*.

Se sostiene, en suma, que la anulación no se erige en título por sí suficiente, y sin más requisito de acreditación necesaria, para que surja el derecho a indemnización, ya que para declarar la responsabilidad patrimonial y el derecho del particular a percibir una indemnización, deben concurrir los presupuestos generales de aquélla (Dictámenes del Consejo de Estado 6494/1997, 331 y 2452/1998).

Dichos presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la jurisprudencia emanada sobre la materia, y de la doctrina sentada por el Consejo Consultivo de Andalucía, pueden concretarse en:

- a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) La calificación del daño como antijurídico en el sentido de que la persona lo sufre no tenga el deber de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- c) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad causante del daño, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del bien, del servicio o de la actividad en cuyo ámbito aquel se produce.
- d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, que no se apreciaría en el caso de que éste estuviese determinado por hechos indiferentes, adecuados o inadecuados. En tal sentido se viene considerando la injerencia de un tercero o el comportamiento de la propia víctima como supuestos de ruptura del nexo causal, si fueran determinantes del daño, o susceptibles de modular el alcance de la responsabilidad administrativa, graduando el importe de la indemnización, si, en concurrencia con el funcionamiento del servicio, hubiesen contribuido también a la producción de tal daño.
- e) La ausencia de fuerza mayor.

Sexto. Centrándonos pues, en el análisis de la concurrencia de los presupuestos enumerados, puede apreciarse la efectividad, individualización y evaluabilidad económica de los daños alegados por la parte reclamante (hecha la salvedad del evidente error material en la cantidad consignada en el escrito de alegaciones de la parte reclamante, incoherente a todas luces con los términos de su solicitud inicial y el propio cuerpo de aquellas y que cabe inferir como extrapolación inadvertida de otro escrito reclamatorio), pero debe, sin embargo, cuestionarse la consideración de tales daños como antijurídicos.

Así, partiendo de la constatada firmeza, según refleja el informe emitido por la Agencia Pública de Puertos de 26/09/2016, de los actos administrativos de liquidación cuyo importe se reclama, debe traerse a colación el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que determina que *“Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”*. Es decir, establece con carácter general, por razones de seguridad jurídica, la subsistencia o intangibilidad de tales actos firmes dictados al amparo de normas reglamentarias posteriormente declaradas ilegales.

Otras manifestaciones legislativas que reafirman la primacía del principio de seguridad jurídica sobre el de legalidad, se encuentran tanto en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que se refiere a la imposibilidad de revisión de procesos fenecidos en los que se haya aplicado la ley, disposición o acto declarado inconstitucional), como en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual, en el ámbito de la revisión de oficio, al referirse a la posibilidad de fijar una indemnización como consecuencia de la declaración de nulidad de una disposición si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de dicho texto legal, deja a salvo la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha venido afirmando reiteradamente, con ocasión de varios recursos de casación interpuestos para unificación de doctrina, que la anulación de una norma tributaria legal o reglamentaria no impide la subsistencia de actos firmes, proclamando la improcedencia de revisar y declarar la nulidad de las liquidaciones firmes giradas en aplicación de las disposiciones reglamentarias anuladas.

Ejemplo de ello lo constituye la Sentencia de 19 diciembre 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) señalando que *“Por consiguiente, de acuerdo con dicho régimen (ahora substancialmente reproducido por el artículo 73 LJCA, con la salvedad establecida para el ejercicio de la potestad sancionadora), para que se produzca la intangibilidad de los actos administrativos esto es, su no afectación por la anulación en sentencia de la disposición general, es necesario que hayan adquirido firmeza, por no ser ‘ab initio’ susceptibles de recursos o de impugnación, o por haber transcurrido los plazos establecidos al efecto. En otro caso, la anulación de la disposición general trasciende y puede hacerse valer en el recurso que se interponga frente a la sentencia que declare la validez de los actos administrativos que hayan aplicado o que tengan la cobertura de aquella disposición”*. En el mismo sentido puede verse la STS de 4 de julio de 2007 (rec. de cas. 296/2004).

La STS de 17 de junio de 2009 (rec. de cas. 5491/2007 RJ 2009, 5785) reitera el criterio reproduciendo, como síntesis de una prolongada línea jurisprudencial, lo declarado en la STS de 4 de enero de 2008:

"Ciertamente, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, interpretando antes lo establecido en los artículos 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y ahora lo dispuesto en los artículos 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo 29/1998, ha declarado que por razones de seguridad jurídica se atempera el principio de eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de las disposiciones de carácter general respecto de los actos administrativos que hubiesen adquirido firmeza con anterioridad a que la sentencia anulatoria de aquellas disposiciones alcanzase efectos generales (Sentencias, entre otras, de fechas 26 de febrero de 1996, 28 de enero y 23 de noviembre de 1999, 26 de julio de 2001 y 14 de julio de 2004, y concretamente se ha declarado que la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes -sentencia de fecha 8 de julio de 1992-)

(En este mismo sentido SSTS de 10 de diciembre de 1992, 30 de marzo de 1993, 26 de abril de 1996, 19 de mayo y 23 de diciembre de 1999, 31 de enero, 3 de febrero, 19 de junio y 30 de octubre 2000, 30 de septiembre de 2002, 22 de diciembre de 2003 ó 14 de noviembre de 2004)".

Continua la citada STS de 17/06/2009 indicando *"Por su parte, en la STS de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8416) expusimos que 'La cuestión planteada en el presente recurso de casación, ... ha sido ya resuelta en diversas ocasiones por esta Sala, de la que son ejemplo las sentencias de 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9753) y 30 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2525), así como la de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9116), esta última dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que obligado resulta, en aplicación del principio de unidad de doctrina, mantener el mismo criterio. En dicha resolución se sostiene lo siguiente: «por una parte, el que según se desprende de la exégesis del artículo 86.2, de la Ley Jurisdiccional, mientras que las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación anulen una disposición general producen efectos erga omnes, quedando la misma sin efecto para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anulen un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, sólo los producen en cuanto a los que hubieren sido partes en el pleito respecto a esa pretensión, sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma; y por otra parte, el que aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad en una disposición general, por ser de pleno derecho, produzca efectos ex tunc y no ex nunc, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula; esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada por el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en el que con indudable aplicabilidad tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son ex nunc y no ex tunc, si bien sólo respecto de los actos firmes permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del Ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general"*.

También en el ámbito estrictamente tributario, la STS 11 de junio 2001 (rec. de cas. 2810/1996 RJ 2001, 7239) recuerda que *"esta Sala Tercera mantiene doctrina reiterada en numerosas sentencias, que excusan de su cita concreta, consistente en que la nulidad de las disposiciones generales no se traslada sin más a los actos singulares de aplicación, pues para que estos sean nulos de pleno derecho es preciso que hayan incurrido en alguna de las causas previstas en el artículo 153 de la Ley General Tributaria [LGT/1963 RCL 1963, 2490, art. 217 LGT/2003 RCL 2003, 2945], circunstancia que no se da en el caso de autos, pues las liquidaciones no han sido practicadas por órgano manifiestamente incompetente, ni se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, - no existe en absoluto vía de hecho- ni ha existido delito alguno ..."*.

Séptimo. Asimismo, continuando con la exégesis de la inexistencia de daño antijurídico y completando el análisis doctrinal en torno a la exigencia de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de una norma reglamentaria o disposición administrativa, debe remarcar por su significativa trascendencia, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 14 de noviembre de 2006, que realiza un análisis en profundidad sobre la posibilidad de plantear responsabilidad patrimonial por actos derivados de una disposición de carácter general anulada judicialmente (como en el supuesto que nos ocupa) y su diferenciación con la responsabilidad que cabe exigir del Estado legislador.

Dicha Sentencia indica en su Fundamento primero: *“Como se desprende del planteamiento del recurso que acabamos de exponer, la parte recurrente pretende aplicar al caso de la declaración de nulidad de una disposición general la doctrina de la Sala sobre responsabilidad patrimonial del Estado Legislador derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley formal, supuestos claramente diferenciados en la propia legislación, como pone de manifiesto la Ley 30/92, de 26 de noviembre, que contempla la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de disposiciones administrativas en el art. 142.4, mientras que la responsabilidad por actos legislativos se recoge en el art. 139.3, diferencia que se manifiesta en su distinta naturaleza, ejercicio de la potestad legislativa como acto del legislador en un caso y, en el otro, ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno, que tiene su reflejo en el distinto ámbito de control, judicial en el caso de la potestad reglamentaria y de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional en el caso de la actividad legislativa.*

Estas diferencias no son ajenas a la conformación de la doctrina de esta Sala, invocada por la recurrente y plasmada en las citadas sentencias, que se funda en la afirmación de que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una Ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la Ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear «de oficio o a instancia de parte» al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley relevante para el fallo (art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una Ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha Ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad.

Por el contrario, en el caso de disposiciones generales, el control judicial de las mismas (art. 1 LJCA), permite su impugnación directa e indirecta por los interesados (arts. 25 y 26 LJCA) 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 art. 31 de la citada Ley Jurisdiccional. 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 (art. 102.4 Ley 30/92 y 73 LJCA), 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.

Por ello y como señala la sentencia de 24 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4989), «son situaciones bien distintas y esa 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 supuestos como los planteados cuando de la nulidad de disposiciones generales se trata, en las que la firmeza de los actos dictados en aplicación de aquella hacen 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»”.

La misma Sentencia, en su Fundamento segundo, referenciando una anterior de 2 de octubre de 2002, de la misma Sala, recoge: *“La antigua Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 120.1, establecía ya una primera limitación consistente en que la anulación no podría afectar a los actos anteriores firmes y consentidos, como no podía ser hoy de otra forma ante la vigencia del principio constitucional de seguridad jurídica –artículo 9 de la Constitución (RCL 1978, 2836) – y ante el hecho de que ni siquiera en el supuesto máximo de nulidad de disposiciones generales, como es el de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de Ley –artículo 40.1. de la Ley 2/1979, de 3 de octubre (RCL 1979, 2383), Orgánica del Tribunal Constitucional– puede aceptarse una solución diferente. Es más: como este último Tribunal tiene declarado, STC 45/1989, de 20 de febrero (RTC 1989, 45), no solo deben declararse no susceptibles de revisión las situaciones decididas mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada, sino también –por exigencias del mencionado principio de seguridad jurídica– las derivadas de actuaciones administrativas que hubieren ganado esa condición –la de firmeza, se entiende– en su ámbito. Y todo ello con la finalidad de evitar que resulte de peor condición quien acudió a los Tribunales, sin éxito, en impugnación de actos aplicativos de disposiciones administrativas declaradas nulas con fundamento en que vulneraban o contradecían otras de rango superior, que quien, teniendo la misma posibilidad, consintió la resolución administrativa que las aplicaba, como resume la Sentencia de esta misma Sala de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996, 8481), a propósito de la diferencia entre los efectos de la impugnación directa o indirecta de disposiciones administrativas, es decir, la que tiene lugar, respectivamente, en virtud de lo establecido en los artículos 1.1, 28.1.b), 37.1. y 3 y 39.1 y 3, por un lado y artículo 39.2. y 4, por otro, todos de la Ley de esta Jurisdicción (RCL 1956, 1890). En el primer caso hay actos que siguen siendo válidos pese a haberse dictado en virtud de una disposición que se entendió nula: los anteriores a la Sentencia anulatoria que hubieran quedado firmes. En el segundo siguen siendo válidos todos, excepto el específicamente impugnado y anulado»”.*

Por su parte, la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía es asimismo taxativa al respecto. Así en su Dictamen 297/2013, de 24 de abril, sobre un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de una ordenanza fiscal, establece:

“Aunque los reclamantes tratan de fundamentar su solicitud en la autonomía de la pretensión resarcitoria frente a la acción de impugnación que no ejercitaron en su día y vienen a trasladar a este ámbito la teoría de la responsabilidad del Estado legislador en supuestos de leyes declaradas inconstitucionales, hay que hacer notar que la propia Ley 30/1992 distingue entre la responsabilidad patrimonial por anulación de una disposición administrativa (art. 142.4) y la que deriva de actos legislativos (art. 139.3).

A los efectos del presente dictamen no es necesario realizar un análisis teórico de todos los flancos que ofrece dicha distinción, ni una valoración profunda de sus fundamentos y consecuencias, como tampoco es preciso examinar los postulados que de 'lege ferenda' se brindan para configurar la responsabilidad patrimonial por anulación de disposiciones generales conciliando el principio de justicia con el de seguridad jurídica. Sí debe significarse que, hoy por hoy, en la base de tal distinción está la consideración de los distintos mecanismos de defensa con los que cuentan los ciudadanos a la hora de combatir disposiciones que estiman lesivas. Así, el Tribunal Supremo ha subrayado que los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley (sentencia de 9 de mayo de 2008), mientras que en el caso de disposiciones reglamentarias se permite su impugnación directa e indirecta por los interesados ante los Tribunales (art. 26 LJCA), que de este modo, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2006, pueden acceder a un pronunciamiento sobre su legalidad, así como el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 31 LJCA)".

Continúa significando el Consejo Consultivo de Andalucía, tanto en el dictamen referido como en el más reciente núm. 439/2016, de 22 de junio, que *"La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla de 30 de julio de 2002 (en el mismo sentido pueden verse las sentencias del mismo órgano judicial de 22 de octubre de 2002, 13 de septiembre de 2002, 13 de enero de 2004, 27 de octubre de 2005 y 30 de marzo de 2006), destaca la existencia de una diferencia sustancial entre los supuestos de responsabilidad que parten de la declaración de inconstitucionalidad de una ley y los supuestos de aplicación de normas reglamentarias ulteriormente declaradas ilegales. En los primeros, la evitación del daño causado por los actos de aplicación se considera por el TSJA «prácticamente imposible a través de los cauces procedimentales legalmente predeterminados para reaccionar contra los actos ilegales de la Administración», de manera que «la acción de responsabilidad patrimonial, en dichos casos, se convierte prácticamente en la única garantía para el ciudadano de evitar el perjuicio antijurídico en la aplicación de una ley inconstitucional, enlazando directamente la acción de responsabilidad con el principio de Justicia». En cambio, la sentencia subraya que en relación con los actos de aplicación de reglamentos los interesados sí tienen a su alcance -por los cauces naturales dispuestos legalmente al efecto- la facultad de impugnar los actos controvertidos. Por esa razón, concluye el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que «la acción de responsabilidad patrimonial ni puede sustituir a ninguna de las referidas acciones ni procedimientos y sus consecuencias, ni a través del mismo cabe subvertir el sistema ... para revisar actuaciones administrativas o restablecer situaciones jurídicas, que como decimos encuentran dentro del sistema su vía adecuada a través de los procedimientos dispuestos al efecto".*

Finalmente, los dictámenes citados consideran que *"la interpretación armónica de los preceptos referidos [arts. 102.4, 139.3, 142.4 de la Ley 30/1992 y 26, 31 y 73 de la LJCA] lleva a concluir que en el supuesto dictaminado no puede apreciarse el requisito de la antijuridicidad de los perjuicios alegados, pues de otro modo se pondría en cuestión el sistema de justicia administrativa, obteniendo por la vía de la responsabilidad patrimonial el reintegro de un tributo que no puede obtenerse por los cauces de impugnación y revisión y la regulación de devolución de ingresos indebidos; se socavaría el principio de intangibilidad de los actos firmes dictados al amparo de un reglamento ulteriormente declarado ilegal, de hondo arraigo legal y jurisprudencial, y se pondría en peligro la seguridad jurídica, que es justamente el principio que modula los efectos ex tunc de la anulación de reglamentos ilegales y fundamenta la subsistencia de los actos dictados a su amparo; principio que en este caso opera a favor de la Administración y, por ende, de los intereses colectivos, garantizando la estabilidad de situaciones jurídicas firmes y consentidas".*

Octavo. En suma, de lo anteriormente expresado puede afirmarse, a modo de resumen, lo siguiente:

a) Por la aplicación del artículo 73 LJCA, el artículo 40.1 LOTC y el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se produce la intangibilidad de los actos y sentencias firmes, que no se ven afectados por la anulación de la disposición general que los amparaban.

b) La reclamación presentada pretende aplicar la doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. El Tribunal Supremo, en reiterada Jurisprudencia, ha afirmado que se trata de situaciones distintas. En el primer caso, basado en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de una Ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad. En el caso de disposiciones generales, basado en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el control judicial de las mismas permite su impugnación directa o indirecta por los interesados y, tratándose de la directa, la declaración de nulidad no alcanza a los actos firmes dictados a su amparo, haciendo estéril la acción de reclamación patrimonial al no existir un perjuicio antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.

c) La acción de responsabilidad patrimonial no puede sustituir a ninguna de las acciones administrativas y judiciales contra las tasas y sus consecuencias, ni a través del mismo cabe subvertir el sistema para revisar actuaciones administrativas o restablecer situaciones jurídicas, que encuentran dentro del sistema su vía adecuada a través de los procedimientos dispuestos al efecto, pues con ello se pondría en cuestión el sistema de justicia administrativa, obteniendo por la vía de la responsabilidad patrimonial el reintegro de un tributo que no puede obtenerse por los cauces de impugnación y revisión; socavando el principio de intangibilidad de los actos firmes dictados al amparo de un reglamento ulteriormente declarado ilegal y poniendo en peligro el principio de seguridad jurídica.

Todo lo cual conduce a la imposibilidad de apreciación del requisito de antijuridicidad del daño reclamado y consecuentemente la desestimación de la solicitud de abono de cantidad alguna en concepto indemnizatorio a la entidad PUERTO DEPORTIVO DE MARBELLA, S.A..

Vista la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, demás normas de aplicación, de acuerdo con los informes obrantes en el expediente, de conformidad con el Consejo Consultivo de Andalucía y en virtud de lo expuesto, el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Fomento y Vivienda, en su reunión celebrada el 12 de junio de 2018,

ACUERDA

Primero - Desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial interpuesta por la representación PUERTO DEPORTIVO DE MARBELLA, S.A.

Segundo - Notificar al interesado la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa y contra la que cabe interponer potestativamente, en el plazo de un mes, el recurso de reposición previsto

en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o bien, de forma directa, un recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses, contados a partir del día siguiente al de su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 10.1 a) y 14.1, regla segunda, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y con cumplimiento de los requisitos previstos en la mencionada Ley.

Sevilla, 12 de junio de 2018

Susana Díaz Pacheco
PRESIDENTA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Felipe López García
CONSEJERO DE FOMENTO Y VIVIENDA