

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
SENTENCIA Num. 49/1998  
Fecha : 29-02-2000  
Ponente: D. JUAN ANTONIO XIOL RIOS

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Febrero de dos mil.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Sexta, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador D. Antonio García Martínez, en nombre y representación de Juegomatic, S.A, contra el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 12 de diciembre de 1997, en el que se resuelve la reclamación formulada por la recurrente de indemnización por responsabilidad del Estado legislador, en el sentido de desestimar la solicitud de indemnización. Siendo parte recurrida el abogado del Estado en nombre y representación de la Administración General del Estado

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de JUEGOMATIC, S. A, interpuso recurso contencioso administrativo contra el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 12 de diciembre de 1997, en el que se resuelve la reclamación formulada por la recurrente de indemnización por responsabilidad del Estado legislador, en el sentido de desestimar la solicitud de indemnización.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda presentado por la representación procesal de JUEGOMATIC, S. A, se hacen, en síntesis, las siguientes alegaciones:

El 30 de junio de 1990 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria por la que, entre otras cosas, se creaba (artículo 38.2.2) un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte envite o azar, de aplicación a las máquinas recreativas de tipo B, por importe de 233 250 pesetas por máquina, que debía satisfacerse los veinte primeros días del mes de octubre de 1990.

En cumplimiento de dicha norma la recurrente, en su calidad de empresa operadora, venía obligada a ingresar al tesoro público la cantidad de 7 230 750 pesetas, resultante de multiplicar las 233 250 pesetas antes referidas por 31 máquinas recreativas de tipo medio que tenía en explotación en dicho ejercicio en la provincia de Huelva.

La recurrente solicitó el aplazamiento del pago, ingresando la total suma debida el día 19 de diciembre de 1991, ingresando en esa misma fecha por intereses de demora la cantidad de 1 012 701 pesetas.

Ante la desestimación presunta por silencio administrativo de la petición de rectificación de las autoliquidaciones presentadas, se interpuso el 11 de julio de 1991 reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico- administrativo Regional de Andalucía que fue resuelta desestimatoriamente.

Fracasada la vía contencioso-administrativa, el Tribunal Constitucional dictó sentencia el 31 de octubre de 1996 por la que se declaró inconstitucional y nulo el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio.

Por acuerdo del Consejo de Ministros del día 12 de diciembre de 1997 (expediente I.197/97), se resolvía desestimar la reclamación sobre la base de la no revisabilidad de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional) y el artículo 158 de la Ley General Tributaria, que imponían a la recurrente el deber jurídico de soportar el perjuicio, además de la falta de prueba de que el daño consistente en el pago de un gravamen no hubiera sido trasladado a terceros.

Como fundamentos de derecho se comienza alegando con carácter preliminar sobre el valor justicia como fundamento primordial de nuestro ordenamiento.

Se hace una referencia a continuación a la responsabilidad del Estado legislador como principio. Se afirma que nunca hasta la fecha el Tribunal Supremo se ha enfrentado a un tema como el que se plantea, en donde expresamente la norma de cobertura causante del perjuicio ha sido declarada expresamente contraria a derecho siendo, por ello, expulsada de nuestro ordenamiento jurídico.

Se cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, partiendo del daño causado a las empresas en aplicación de la Ley de amnistía 46/1977, hasta los producidos a funcionarios a los que fueron de aplicación las leyes 17/1982, 30/1984 y 6/1985 sobre obligatoriedad de la jubilación a los 65 años y la ley 53/1984 en relación con incompatibilidades, pasando por otros supuestos referentes a las distancias de las gasolineras, a la prohibición de determinada publicidad sobre bebidas alcohólicas, a la eliminación de cupos de pesca o a la descolonización del Sahara.

El Tribunal Supremo declara que en los casos en que la ley vulnera la Constitución el Poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991).

El desarrollo de esta responsabilidad ha venido en el ámbito supranacional de la mano del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Se aborda continuación el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado legislador en el ámbito del derecho interno.

Así, se citan las sentencias de 11 octubre de 1991, 11 de noviembre de 1997, 27 de junio de 1994, 13 de febrero 1997, ésta del Tribunal Constitucional en relación con la ley 15/1975 reguladora de Espacios Naturales Protegidos.

Cabe concluir que el Estado debe reparar los daños que cause cuando a través del poder legislativo contraviene mandatos constitucionales promulgando normas antijurídicas. Existe en nuestro Derecho normativa suficiente con base en el artículo 9.3 de la Constitución, sin necesidad de desarrollo normativo expreso, bien acudiendo al soporte del artículo 40 de la Ley de Régimen jurídico y hoy artículo 139.1 de la ley 30/1992, bien al artículo 106.2 de la Constitución o el artículo 1902 del Código civil. Así ocurre en Derecho comparado.

Para que exista dicha responsabilidad por acto emanado del poder legislativo es menester que el acto tenga contenido expropiatorio, aun siendo jurídicamente válida la norma aplicada, y ha de existir un daño efectivo y no unas meras expectativas basadas en derechos adquiridos, así como un enlace directo entre el acto ilícito y el daño producido.

Se aborda a continuación en la demanda el tratamiento jurisprudencial del Estado legislador en el ámbito del Derecho comunitario.

Se cita sentencia Francovich y Bonifaci de fecha 19 de noviembre de 1991, entre otros asuntos resueltos por el expresado Tribunal.

Se concluye que en todos estos casos el Tribunal de Justicia ha declarado que los particulares perjudicados tienen un derecho a indemnización cuando se cumplan tres requisitos, a saber, que la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferir derechos, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre violación y perjuicio.

Extrapolando estas condiciones a la Ley 5/1990 se observa:

Que la norma violada, la Constitución, confiere derechos. Que la violación está suficientemente caracterizada, en tanto ha sido sancionada con nulidad de pleno derecho por el Tribunal Constitucional. Existe una relación de causalidad directa, pues si la recurrente en el lugar de haberse guiado por la buena fe hubiera hecho como algunos de sus competidores negándose a abonar cantidades, ahora tendría el dinero que pagó más sus rendimientos.

Sería ilógico en que se pudiera llevar ante los tribunales ordinarios a España por violación del derecho de la Comunidad y sin embargo no pudiera aplicarse contra el Estado por contradicción de su propio ordenamiento.

En relación con la imposibilidad a que alude el acuerdo impugnado de reparar, nacida de la firmeza de resoluciones judiciales y de los artículos 40.1 y 158 de la Ley General Tributaria, se afirma que no se trata de la revisión de actos fenecidos al amparo de la artículo 40.1 de la Ley Orgánica Tribunal Constitucional, sino de reparar el daño causado por un obrar antijurídico del poder legislativo al aprobar con carácter retroactivo y con palmaria vulneración del principio de seguridad jurídica una Ley inconstitucional.

Se cita el artículo 1 del Código Civil, así como los artículos 1, 33.1 y 3, 31.1, 14, 53, 133.1, 106.2, y 9.3 de la Constitución.

Asimismo se citan los artículos 2, 10, 28, y 30 de la Ley General Tributaria y los artículos 7.2, 1895, y 1902 del Código civil y los artículos 1 y 121 de la Ley Expropiación Forzosa.

Se afirma que el Tribunal Constitucional en la sentencia de 13 de febrero de 1997 declara que son aplicables a la responsabilidad del Estado Legislador los principios relativos a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, así como dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa.

En relación con lo que la recurrente estima cita parcial efectuada por el acuerdo recurrido de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de octubre de 1991, según la cual la responsabilidad del Estado legislador no puede fundarse en el principio de la indemnización expropiatoria, y los tributos suponen una detracción de la renta o patrimonio del sujeto pasivo no resarcible de manera inmediata, se afirma que el pago efectuado por el particular, desaparecida la norma de cobertura que ofrece el ordenamiento jurídico, si ese pago causa un daño a la empresa, debe ser reparado.

La propia sentencia citada por el acuerdo recurrido afirma que en Derecho comparado se observa que en algún caso concreto la declaración de inconstitucionalidad de la norma tributaria puede determinar en función del principio de responsabilidad la obligación de indemnizar.

En relación con la sentencia de 20 de febrero de 1989 citada en el fundamento jurídico quinto del acuerdo recurrido se afirma que la citada sentencia del Tribunal Constitucional está hablando de revisión, no de indemnización, pues revisar una declaración de la renta, que puede o no puede dar lugar a pagos o devoluciones en función de ingresos, gastos, exenciones y deducciones no es lo mismo que solicitar una indemnización basándose en la existencia de un daño patrimonial efectivo. Por otra parte, la sentencia de 31 de octubre de 1996, que declaró la nulidad de pleno derecho del gravamen complementario sobre la tasa fiscal sobre el juego, nada dijo sobre el particular que nos ocupa.

En cuanto al fundamento jurídico 6º del acuerdo recurrido, sobre el deber jurídico de la empresa de soportar una injusticia, fundado en el artículo 193.3 de la ley 30/1992, es inaplicable al caso, pues no puede admitirse como subsumible en el asunto contemplado en el proceso, porque además viene referido a actos legislativos de naturaleza no expropiatoria.

De tener el alcance que se pretende el artículo 40.1 vulneraría claramente la Constitución, puesto que en el artículo 164 de la misma se establece que las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una norma tienen plenos efectos frente a todos.

Puede admitirse que el Estado, por interés social, en relación con la cosa juzgada, se decante por entender no revisables las resoluciones firmes. En este sentido el símil más próximo a la situación del recurrente es el de la expropiación forzosa. Ahora bien, lo que no es de ningún modo aceptable es que el perjuicio causado equiparable en sus términos al que produce cualquier expropiación no deba ser resarcido.

Tampoco es aceptable el argumento de que el perjuicio sufrido por la norma declarada inconstitucional pueda haber sido trasladado a terceros, pues ha sido soportado íntegramente por la demandante, ante la imposibilidad de trasladar total o parcialmente a los usuarios de máquinas recreativas el importe de gravamen complementario.

El Decreto 593/1990 regula, entre otros extremos, el precio de la jugada de manera detallada, por lo que si el precio de la partida viene reglamentariamente predeterminado, y el premio debe ser un porcentaje mínimo de las cantidades aportadas, es imposible trasladar al usuario la carga fiscal.

Nadie discute que quienes cumplieron de buena fe en la ley 5/1990 pagaron religiosamente la cantidad de 233 250 pesetas por máquina y quienes la desobedecieron no. Tampoco se discute que la recurrente satisfizo las cantidades que constan acreditadas en el expediente.

Sería discutible si debiera restituirse al demandante el perjuicio que se le causó por las máquinas que hubo de retirar del mercado, así como hablar de coste de oportunidad, de ingresos perdidos, de inversiones comprometidas.

A modo de síntesis concluye comparando en clave analógica el supuesto en el que el Tribunal Supremo ha estimado la existencia de responsabilidad por parte del Estado legislador en el supuesto de la sentencia de 5 de marzo de 1993.

Termina solicitando que se dicte sentencia por la que se resuelva declarar no ajustada a derecho y en consecuencia nula la resolución impugnada, declarando la existencia de responsabilidad del Estado legislador invocada y condenando al Estado a satisfacer por vía de indemnización las cantidades correspondientes a los daños y perjuicios causados, tomando como base la cifra de 7 230 750 pesetas, con más los intereses de demora satisfechos por importe de 1 012 701 pesetas, las costas causadas en las declaraciones efectuadas por importe de 84 552 pesetas, a las que deberán añadirse los intereses legales correspondientes a los fines de que la reparación sea total, intereses que quedarán fijados en ejecución de sentencia, con expresa imposición de costas a la Administración si se opusiere.

Por medio de otrosí solicita que si el Tribunal Supremo entiende que resulta imposible acomodar a la pretensión de la demanda el artículo 158 de la Ley General Tributaria y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en tanto impiden que sean revisados actos administrativos judicialmente firmes, debe plantearse la cuestión de inconstitucionalidad por infracción de los artículos 1, 33.1 y 3, 31.1, 14, 53, 133.1, 106.2 9.3 y por último el 164 de la Constitución, todo ello al amparo de los artículos 5.2 y 5.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

TERCERO.- En el escrito de contestación a la demanda presentada por el abogado del Estado se formulan, en síntesis, las siguientes consideraciones:

Se dan por reproducidos los antecedentes que resultan del expediente administrativo y no se aceptan los juicios de valor realizados por el recurrente en el relato de hechos de su demanda.

Se alega, en primer término, la inadmisión del recurso por existencia de cosa juzgada material.

La entidad recurrente había impugnado en su día las liquidaciones tributarias y, previo agotamiento de la vía económico- administrativa, interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) el 30 de julio de 1994, sentencia que devino firme al inadmitirse la casación y desestimarse la queja contra dicha inadmisión.

La recurrente pretende, en contra del artículo 1251 del Código civil, la revisión de la cosa juzgada material.

La recurrente intentó obtener la revisión a través del recurso extraordinario de casación y, ante la insuficiencia de cuantía, a través del recurso de amparo. Esta estrategia procesal ha sido ensayada en otros casos obteniendo, incluso, sentencias desestimatorias del Tribunal Constitucional. Así, la sentencia 159/1997, de 2 de octubre, seguida de otras muchas, como la sentencia 183/1997, de 28 de octubre. En ellas se deniega la revisión de un proceso fenecido por sentencia judicial firme. Recuerda esta sentencia que la sentencia del propio Tribunal 73/1996 apreció la inconstitucionalidad del artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, si bien se rechaza que la declaración de inconstitucionalidad pudiera conducir a la estimación de los recursos de amparo entonces pendientes sobre dicho precepto legal por supuesta vulneración del artículo 14 de la Constitución. Se afirma que la inconstitucionalidad se produjo por violación del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 de la Constitución y este principio queda extramuros del proceso de amparo.

Se afirma, finalmente, que resulta evidente que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la citada sentencia 173/1996 no permite revisar procesos fenecidos mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en los que, como sucede en este caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una ley luego declarada inconstitucional. Pues no está en juego la reducción de la pena o una sanción o una exclusión de exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos expresamente exceptuados por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencias sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada.

La contundencia de estos argumentos contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional excusa de todo otro comentario.

En segundo lugar y con carácter subsidiario, el abogado del Estado afirma que no existe responsabilidad patrimonial alguna, con arreglo a la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado legislador y los casos en que procede, de los cuales se infiere la exclusión del presente supuesto.

En primer lugar, no se puede centrar del debate en el terreno de los principios desconociendo el derecho vigente en la materia.

Debe por el contrario centrarse la discusión en si concurren los requisitos legales exigidos para la responsabilidad del Estado legislador. No puede sostenerse que es inaplicable el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, arguyendo que los hechos son anteriores a la fecha de vigencia de dicha norma. Dicha norma recoge la jurisprudencia producida sobre la cuestión, y el hecho causante del presunto perjuicio trae causa de la declaración de inconstitucionalidad de la ley 5/1990 y no de dicho precepto, por lo que el hecho se produce bajo la vigencia de la ley 30/1992 y está sujeto a su procedimiento. Además, la declaración de principios del artículo 106 de la Constitución, debe integrarse en el bloque de constitucionalidad en el que se integra el título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas, que regula el sistema de responsabilidad de las mismas. Por ello el artículo 106 de la Constitución establece que dicha responsabilidad y el derecho de los particulares a ser indemnizados se determinan en los términos establecidos por la ley.

La responsabilidad del Estado legislador se regula en el artículo 139.3 de la ley últimamente citada.

En dicho precepto se exige que así se establezca en los propios actos legislativos y se hace una remisión a los términos que especifiquen dichos actos. Excluido que estemos ante actos expropiatorios de derechos, como es obvio, es cierto que no existe precepto legal que ampare la pretensión de resarcimiento, de tal suerte que la mercantil recurrente está obligada a soportar el daño padecido al ser ineficaz la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990 para romper la cosa juzgada material del proceso fenecido por sentencia judicial firme.

A la misma conclusión se llega con la jurisprudencia sobre la responsabilidad por actos legislativos. Se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 1998. En ella, entre otros extremos, se afirma la importancia de la determinación de si los derechos o intereses de que ha resultado privado el eventual perjudicado han sido incorporados realmente a su patrimonio o constituyen meras expectativas de derechos.

Aunque se admitiese a efectos dialécticos que no resulta aplicable la nueva ley, tampoco existe derecho a resarcimiento, ya que la seguridad jurídica no puede quebrar la cosa juzgada material de la sentencia, ni dicha ineffectividad atenta contra la buena fe en las relaciones con los poderes públicos y, finalmente, el recurrente no había incorporado a su patrimonio derecho alguno. Precisamente, al contrario, la sentencia firme del Tribunal Superior de Andalucía de 30 de junio de 1994 había denegado el derecho a la devolución de lo ingresado, por lo que nunca se integró dicho derecho en el patrimonio de la mercantil recurrente.

Termina solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y se declare la conformidad a derecho de acuerdo impugnado. Por medio de otrosí solicita el recibimiento a prueba y se opone a la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad realizada por la parte recurrente.

CUARTO.- Solicitado el recibimiento del pleito a prueba se practicó prueba documental y pericial. En el dictamen emitido por el auditor de cuentas designado por insaculación se contienen las siguientes conclusiones:

1. La comparación de los resultados obtenidos por la compañía entre los años 1989 y 1990 arroja una disminución de 184,5 millones de pesetas, debido en parte a la creación del Gravamen Complementario creado por la ley 5/1990.

2. El impacto económico que para la compañía supuso el pago del gravamen complementario creado por la ley 5/1990, se cifra en la cantidad resultante de multiplicar las 31 máquinas explotación en la provincia de Huelva, a que la reclamación se contrae, por 233 250 pesetas, añadiendo a esta cantidad la derivante de los intereses devengados; o lo que es lo mismo la suma de 17 615 310 pesetas, cantidad ésta a la que habría que añadir, en su caso, y de querer aquilatar en toda su extensión el perjuicio causado, la equivalente a los conceptos reseñados en el punto 5.2.1 de este informe.

QUINTO.- En escrito de conclusiones presentado por la representación procesal de JUEGOMATIC, S. A, se formulan, en síntesis, y entre otras, las siguientes consideraciones:

Se ha practicado prueba documental consistente en tener por aportadas las liquidaciones de impuesto de sociedades y las auditorías independientes correspondientes a los ejercicios de 1989, 1990 y 1991, con el fin de acreditar la incidencia del gravamen, así como una pericial técnica.

Resume a continuación las conclusiones destacadas por el perito en su dictamen. Dichas conclusiones apoyadas en los informes auditados de la compañía permiten afirmar que el pago del gravamen complementario tuvo un serio impacto en la actividad económica de la recurrente. El objeto de la prueba no era tanto determinar el monto indemnizatorio, lo que estima que deberá hacerse en incidente de ejecución de sentencia, como demostrar que el pago no había sido inocuo, lo cual se estima haberse evidenciado con creces.

El importe consignado en el informe es un referente a tomar en consideración, pero no el único. En este momento procede fijar las bases de la indemnización las cuales, a juicio de la parte recurrente, vendrán formadas por las cantidades satisfechas por el gravamen complementario; por los réditos legales, calculados sobre la anterior base al tipo existente en el momento en que se hizo el pago; por las sumas equivalentes a los costes de las reclamaciones intentadas; por las cantidades correspondientes al rendimiento, desde junio a diciembre de 1990, de las máquinas que fueron dadas de baja por causa del gravamen; por último, con la cifra estimativa destinada a cubrir la pérdida de competitividad debida a la ausencia de recuperación en plazo de las cantidades indebidamente abonadas, que fueron aprovechadas por las empresas concurrentes.

Reitera los fundamentos jurídicos consignados en el escrito de demanda.

Termina solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado por la creación de gravamen complementario del artículo 38.2.2 de la ley 5/1990 de 30 de junio, fijando las bases de la indemnización que habrá de percibir la recurrente en función de lo expuesto en el cuerpo del escrito, a desarrollar en incidente de ejecución de sentencia, todo ello con expresa imposición de costas al Estado.

SEXTO.- En el escrito de conclusiones presentado por el abogado del Estado se formulan, en síntesis, y entre otras, las siguientes consideraciones:

Se ratifica el escrito de contestación a la demanda y la petición de que la demanda se desestime.

La procedencia de la desestimación de la demanda se corrobora con la prueba practicada. No se ha demostrado que exista relación entre el gravamen complementario y la disminución de resultados ordinarios de la recurrente. No se ha demostrado, además, que el ámbito geográfico localizado de la empresa en este proceso no haya permitido a la misma distribuir máquinas y medios en su ámbito geográfico completo de actuación. No existe, pues, razón alguna de causa a efecto entre el gravamen y la presunta disminución de resultados de la empresa.

La documental practicada es ajena en su proyección a este proceso, pues sólo demuestra el cumplimiento de las obligaciones formales fiscales de la recurrente.

La pericial procesal carece de método contable, no es rigurosa, no es motivada y por tanto no puede ser útil a los efectos pretendidos por la demanda. El dictamen afirma que no se han revisado, ni siquiera a título de muestreo, los estados contables ni las cuentas que soportan aquéllos. Los huecos técnico-contables de la pericia son tan relevantes que ponen de manifiesto la ausencia de objeto de la misma, lo que motivó que el abogado del Estado se opusiera a su práctica, o bien la imposibilidad de considerarla como apta al objeto pretendido por la misma.

El juicio del dictamen sobre la pretendida incidencia del gravamen complementario en los resultados de los ejercicios económicos de 1989 y 1990 contiene un juicio de valor ajeno al objeto y ámbito de un dictamen pericial. Es además un juicio gratuito infundado técnicamente y que se ampara en la demanda de la parte recurrente. Este hecho se reconoció por el perito en la aclaración a la pregunta 5ª. Lo mismo puede decirse del examen de lo que el perito llama conveniencia de dar de baja máquinas, concepto éste de gestión comercial que constituye un juicio de valor infundado. La ausencia del todo rigor y de todo análisis se observa también en relación con la pregunta que se formula el perito acerca de si la minoración de resultados a que ha llegado su análisis la causa del gravamen complementario.

El cálculo de intereses no revela si se han computado métodos de interés simple o compuesto ni existe secuencia ni fórmula matemática que permita colegir el método utilizado por el perito.

El perito se compromete subjetivamente con la parte recurrente. De otra manera carecería de sentido la afirmación contenida en su informe en la que, fuera del ámbito de la pericia, concluye que debe resarcirse a la demandante con las costas más sus intereses. La aclaración a la pregunta formulada por el abogado del Estado en relación con esta cuestión que figura como número 7ª no puede ser más ilustrativa de la ausencia de análisis contable que constituye dicha afirmación.

Termina solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto.

SÉPTIMO.- Para deliberación y fallo del presente recurso se fijó el día 24 de febrero de 2000, en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda se dirige por la representación procesal de MERCANTIL JUEGOMATIC, S. A. contra el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del

día 12 de diciembre de 1997, en el que se resuelve la reclamación formulada por la recurrente de indemnización por responsabilidad del Estado legislador, en el sentido de desestimar la solicitud de indemnización.

SEGUNDO.- Podemos sentar los siguientes hechos, en los que se funda la petición deducida en la demanda:

1. El 30 de junio de 1990 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria por la que, entre otras cosas, se creaba (artículo 38.2.2) un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte envite o azar, de aplicación a las máquinas recreativas de tipo B, por importe de 233 250 pesetas por máquina, que debía satisfacerse los veinte primeros días del mes de octubre de 1990.

2. En cumplimiento de dicha norma la recurrente, en su calidad de empresa operadora, venía obligada a ingresar al tesoro público la cantidad de 7 230 750 pesetas, resultante de multiplicar las 233 250 pesetas antes referidas por 31 máquinas recreativas de tipo medio que tenía en explotación en dicho ejercicio en la provincia de Huelva. La recurrente solicitó el aplazamiento del pago. Ingresó la total suma debida el día 19 de diciembre de 1991 e ingresó en esa misma fecha por intereses de demora la cantidad de 1 012 701 pesetas.

3. Previo agotamiento de la vía económico-administrativa MERCANTIL JUEGOMATIC, S. A. interpuso recurso contencioso- administrativo que fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) el 30 de julio de 1994, sentencia que devino firme al inadmitirse la casación y desestimarse la queja contra dicha inadmisión.

4. El Tribunal Constitucional dictó sentencia el 31 de octubre de 1996 por la que se declaró inconstitucional y nulo el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio.

5. Por acuerdo del Consejo de Ministros del día 12 de diciembre de 1997 (expediente I.197/97), se resolvió desestimar la reclamación sobre la base de la no revisabilidad de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y el artículo 158 de la Ley General Tributaria.

6. En el dictamen emitido por el auditor de cuentas designado por insaculación se contienen las siguientes conclusiones: A) La comparación de los resultados obtenidos por la compañía entre los años 1989 y 1990 arroja una disminución de 184,5 millones de pesetas, debido en parte a la creación del Gravamen Complementario creado por la ley 5/1990. B) El impacto económico que para la compañía supuso el pago del gravamen complementario creado por la ley 5/1990, se cifra en la cantidad resultante de multiplicar las 31 máquinas explotación en la provincia de Huelva, a que la reclamación se contrae, por 233 250 pesetas, añadiendo a esta cantidad la derivante de los intereses devengados; o lo que es lo mismo la suma de 17 615 310 pesetas, cantidad ésta a la que habría que añadir, en su caso, y de querer aquilatar en toda su extensión el perjuicio causado, la equivalente a los conceptos reseñados en el punto 5.2.1 del informe.

TERCERO.- Antes de la promulgación de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común hemos admitido la posibilidad de existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la actuación del Estado legislador cuando han existido actuaciones concomitantes de la Administración causantes de un perjuicio singular, aunque éste, de manera mediata, tenga su origen en la Ley.

En la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, seguida poco después por la de 1 de diciembre del mismo año, y más adelante por otras muchas, todas ellas dictadas en relación con la jubilación anticipada de funcionarios públicos establecida por las leyes reguladoras de su respectivo estatuto, se ha considerado que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la norma fundamental; pero tampoco puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda

considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley.

La sentencia de 5 de marzo de 1993 de esta misma Sala, cuya doctrina ha sido seguida por la de 27 de junio de 1994, entre otras, aun reconociendo que la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios derivada del Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea podía considerarse producida «incluso, y más propiamente, como consecuencia de las determinaciones del poder legislativo», reconoció en el caso allí enjuiciado la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones -que se vieron frustradas- fundados en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas.

Como enseñan estas sentencias, bajo el régimen anterior a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común sólo cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.

CUARTO.- La Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común ha venido a consagrar expresamente la responsabilidad de la Administración por actos legislativos estableciendo el artículo 139.3 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 establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dicho actos». Responde sin duda esta normación a la consideración de la responsabilidad del Estado legislador como un supuesto excepcional vinculado al respeto a la soberanía inherente al poder legislativo.

Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (*ratio legis*) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar. No es necesario que lo hagamos, no sólo porque la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común es posterior a los hechos que motivan la reclamación objeto de este proceso, sino también porque, por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido a priori en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.

Este mismo principio ha sido defendido desde tiempo relativamente temprano por nuestra jurisprudencia, separando el supuesto general de responsabilidad del Estado legislador por imposición de un sacrificio singular de aquél en que el título de imputación nace de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. La sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1991, además de remitir la responsabilidad por acto legislativo a los requisitos establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor; que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado; que no exista el deber de soportarlo; y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización) y de afirmar que «en el campo del Derecho tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado-legislador no puede fundarse en el principio de la indemnización expropiatoria», añade que «el primer hito señalado por el Tribunal Constitucional

para la responsabilidad del Estado-legislador ha de buscarse en los efectos expropiatorios de la norma legal. Pero con ello queda no agotado el tema. Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley.»

La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional.

QUINTO.- Ciertamente, se ha mantenido que la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad no comporta por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo, ni tampoco demanda necesariamente la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia. Para ello se ha recordado que los fallos de inconstitucionalidad tienen normalmente eficacia prospectiva o ex nunc (los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional no vienen definidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional «que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso» [sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, fundamento jurídico 11]).

Ello nos da pie para resolver la excepción opuesta por el abogado del Estado, en el sentido de que el recurso es inadmisibile por existencia de cosa juzgada material, pues la entidad recurrente había impugnado en su día las liquidaciones tributarias y, previo agotamiento de la vía económico-administrativa, interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) el 30 de julio de 1994, sentencia que devino firme al inadmitirse la casación y desestimarse la queja contra dicha inadmisión.

El Tribunal Constitucional en Pleno, en sentencia de 2 de octubre de 1997, número 159/1997, considera, ciertamente, que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, que declaró inconstitucional y nulo el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, no permite, según el Tribunal, revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una ley luego declarada inconstitucional. No estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (sentencias del Tribunal Constitucional 45/1989, 55/1990 y 128/1994).

SEXTO.- Esta Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado 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. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.

La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, que en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de que dispuso. Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiente a la anulación de la actuación viciada. Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos

resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión. La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional. Es precisamente dicha sentencia, de sentido contrario a la pronunciada por los tribunales que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad y la vieron estimada, la que pone de manifiesto que el perjuicio causado quedó consolidado, al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en la vía contencioso-administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional.

SÉPTIMO.- Concurren, pues, los requisitos para que declaremos la obligación de la Administración del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la norma declarada inconstitucional.

La indemnización debe comprender, en primer término, el importe de lo indebidamente ingresado a favor de las arcas públicas (la cantidad de 7 230 750 pesetas, resultante de multiplicar las 233 250 pesetas antes referidas por 31 máquinas recreativas de tipo medio que tenía en explotación en dicho ejercicio en la provincia de Huelva), cuya procedencia y justificación resulta avalada por el dictamen pericial.

No podemos incluir los restantes conceptos a que hace referencia el dictamen, pues se funda, esencialmente, en una «comparación de los resultados obtenidos por la compañía entre los años 1989 y 1990», en el que el perito aprecia una disminución «debida, en parte, a la creación del gravamen complementario». No resulta de la prueba practicada, por consiguiente, que el gravamen complementario haya determinado de manera efectiva y en una cantidad total comprobable directamente un perjuicio económico por encima de la cantidad realmente satisfecha, cuya devolución constituye en principio la consecuencia lógica de la inconstitucionalidad luego declarada de su abono. Contribuye a nuestra conclusión sobre la falta de prueba de otros perjuicios por pérdidas económicas o pérdidas de beneficios, respecto de las cuales es bien sabido que nuestra jurisprudencia exige una prueba cierta y rechaza los perjuicios hipotéticos o no bien determinados, el hecho de que, como se puso de manifiesto en el acto de ratificación del dictamen pericial, el perito no se pronuncia concluyentemente sobre estos extremos, ya que liga la baja de las máquinas a factores de conveniencia y la merma de resultados, como queda dicho, a la concurrencia, con fuerza al menos coadyuvante, de otras posibles causas.

No se ha probado, en conclusión, que el perjuicio económico padecido por encima de los abonos realizados haya obedecido en proporción suficiente a la obligación inesperada de satisfacer el gravamen y, consiguientemente, que exceda del riesgo normalmente imputable al empresario, que éste tiene la obligación de soportar. Coadyuva a esta conclusión el observar que la empresa solicitó y obtuvo un aplazamiento del pago, lo cual mermó sin duda los efectos del aumento inesperado de la cuota satisfecha y, por otra parte, que la cuantía definitiva de la misma quedó legalmente consolidada con efectos de primero de enero del año siguiente, por lo que en todo caso el aumento de la tasa desde dicha fecha hubiera generado unos perjuicios análogos que indudablemente tiene el deber de soportar.

No probados, pues, más que los perjuicios que han quedado puestos de manifiesto, no es procedente, según constante jurisprudencia, diferir al periodo de ejecución de sentencia su determinación, pues este mandato sólo es admisible cuando se ha probado su existencia y queda sólo pendiente de determinación su cuantía.

OCTAVO.- Esta Sala, sin embargo, en aras del principio de total indemnidad que preside el Derecho de la responsabilidad, viene considerando, junto con el abono de intereses (sentencia de 20 de octubre de 1997), como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad que palpita tras la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencias de 15 de enero de 1992 y 24 de enero de 1997).

Otro de los procedimientos admitidos jurisprudencialmente para lograr la total indemnidad es el hoy consagrado por el artículo 141.3 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, con arreglo al cual la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

Vista la solicitud de la demanda en el sentido de que se reconozcan los intereses de la cantidad objeto de la indemnización, la Sala considera procedente acogerse a este mecanismo de actualización del valor de la deuda y, consiguientemente, entiende que procede incluir en la indemnización que debe satisfacerse la suma de 1 012 701 pesetas, que la sociedad recurrente debió ingresar como intereses de demora a raíz el aplazamiento, más el interés legal procedente desde la fecha del ingreso hasta la de esta sentencia sobre la cantidad total resultante y efectivamente abonada. A partir de esta sentencia se aplicará lo dispuesto en el artículo 106 de Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

NOVENO.- Debe estarse a lo dispuesto en materia de costas por el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción contencioso- administrativa aplicable a este proceso por razones temporales y, en consecuencia, declarar que esta Sala no aprecia circunstancias que justifiquen una condena en costas.

#### FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Mercantil Juegomatic, S. A. contra el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 12 de diciembre de 1997, en el que se resuelve la reclamación formulada por la recurrente de indemnización por responsabilidad del Estado legislador, que anulamos, y, en su lugar, declaramos el derecho de la entidad recurrente a percibir de la Administración del Estado en concepto de responsabilidad patrimonial por acto legislativo la suma de 7 230 750 pesetas, a la que se añadirá la suma de 1 012 701 pesetas, abonada en concepto de intereses de demora, incrementada la suma de ambas cantidades con el interés legal que proceda anualmente desde su abono a la Administración hasta la fecha de esta sentencia, a la que será aplicable lo dispuesto sobre intereses de demora por el artículo 106 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

No ha lugar a la imposición de las costas causadas.

Hágase saber a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno, a excepción del recurso de casación para la unificación de doctrina, que puede interponerse directamente ante la Sala sentenciadora en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia, contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leida y publicada fue la anterior sentencia dictada por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, en audiencia pública celebrada en el mismo día de la fecha. Certifico. Rubricado.