

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065921

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 64/2022, de 26 de enero de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.ª)

Rec. n.º 271/2020

SUMARIO:**Responsabilidad del Estado Legislador. Falta de inclusión en la Ley de Presupuestos de partidas destinadas al reequilibrio financiero de contratos concesionales de autopistas de peaje.**

A la vista de la regulación actual de la institución, es manifiesto que se contemplan **dos supuestos de responsabilidad del Estado legislador o, quizás, sea más propio señalar que se trata de un supuesto general y uno especial**. Y así, la responsabilidad del Estado legislador se contempla en los términos generales de que se genera solo cuando se trate de **actos legislativos no expropiatorios** que comporten una lesión que no se tenga el deber jurídico de soportar y se establezca en la propia norma legal. Ahora bien, si se trata de una **ley declarada inconstitucional**, se considera por el propio Legislador, como presunción *iuris et de iure*, que se ha ocasionado el daño --otra cosa será su prueba, que es deber de quien lo reclama-- con solo concurrir los requisitos formales, es decir, que haya existido una sentencia firme y se haya invocado en el correspondiente proceso la inconstitucionalidad luego declarada, requisitos que no dejan de ofrecer serios reparos. El **título de imputación del daño a la Administración**, esto es, responder de los actos del Poder Legislativo, **no es la mera aprobación de la Ley**, tan siquiera su mera aplicación generadora del daño, **sino la declaración de inconstitucionalidad**, que es la que hace el daño antijurídico, es decir, que no había deber de soportarlo, porque era precisamente la fuerza vinculante de la ley la que imponía ese deber. Por tanto, solo la actuación, podríamos llamar patológica, de la potestad legislativa que comporta la declaración de inconstitucionalidad, generaría la responsabilidad del Estado legislador, lo que aproxima las exigencias de esta responsabilidad a la propia del Poder Judicial (funcionamiento anormal o error judicial).

Es la disposición adicional 8ª de la Ley 43/2010 la que, al configurar la medida que significa la cuenta de compensación, **la condiciona expresamente a la partida presupuestaria establecida al efecto cada año**; y es el propio legislador, en ejercicio de la amplísima libertad de determinación normativa que le corresponde, el que ha decidido para el ejercicio anual que aquí es objeto de polémica no establecer una partida presupuestaria destinada a esa medida. Desde el plano de la legalidad es evidente que estamos ante un mecanismo compensatorio que trata de equilibrar el contenido económico financiero del contrato concesional, concedido ex lege, pero precisamente es la propia ley que crea la compensación, la que establece también de forma clara e inequívoca que dichas cantidades estarán sujetas al límite de disponibilidades presupuestarias fijadas cada año en la LPGE.

Lo que se somete a disponibilidad presupuestaria es el nacimiento mismo del derecho a las medidas de reequilibrio establecidas en la DA 8ª de la Ley 43/2010, es decir, que **esa disponibilidad presupuestaria es un requisito necesario para el nacimiento del derecho, una condición para su existencia** que, además, ha de cumplirse para cada año. **No se trata de la declaración y reconocimiento genérico de un derecho** al reequilibrio económico financiero cuyo alcance económico haya de reflejarse en la LGP sino de un derecho concreto cuya existencia se sujeta a la previsión en la norma presupuestaria. La omisión de una concreta habilitación al efecto en la LGP no incide sobre un derecho de contenido patrimonial reconocido a la recurrente y, por lo tanto, **no supone una lesión de naturaleza económica** que no tenga el deber de soportar. Por el contrario, el **derecho reclamado solo existe cuando se cumple, anualmente, el requisito presupuestario** establecido por la Ley para su nacimiento, habiendo sido el legislador el que, en el ejercicio de su poder normativo, no ha entendido procedente la obligación de establecer una partida anual al efecto, que queda abierta a la valoración de las disponibilidades presupuestarias en cada ejercicio.

PRECEPTOS:

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 139.

Ley 43/2010 (del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), disp. adic. octava.

Ley 39/2015 (LPACAP), art. 67.

Ley 40/2015 (LRJSP), art. 32.

PONENTE:

Don Wenceslao Francisco Olea Godoy.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 64/2022

Fecha de sentencia: 26/01/2022

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 271/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinfiriano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 271/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinfiriano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 26 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 271/2020 interpuesto por "AUTOPISTA DEL SURESTE, C.E.A S.A (AUSUR)", representada por la procuradora D.ª Pilar Cermeño Roco, bajo la dirección letrada de D.ª Mª Inmaculada de la Fuente y Cabero contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Consejo de Ministros por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la omisión de una concreta habilitación de gasto en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 para hacer efectivos los mecanismos de la cuenta de compensación y préstamo participativo establecidos en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal y Disposición Adicional 21ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado D. Manuel María Zorrilla Suárez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la representación procesal de "AUTOPISTAS DEL SURESTE, C.E.A S.A (AUSUR)", se interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Consejo de Ministros por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la omisión de una concreta habilitación de gasto en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 para hacer efectivos los mecanismos de la cuenta de compensación y préstamo participativo establecidos en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal y Disposición Adicional 21ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso a disposición de la procuradora Sra. Cermeño Roco, para que, en la representación que ostenta, formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito el 3 de diciembre de 2020 en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala: <<Que se tenga por presentada la DEMANDA con los documentos adjuntos y por formulada pretensión de RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL por los perjuicios ocasionados a esta mercantil como consecuencia de la omisión de una concreta habilitación de gasto en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 para hacer efectivos los mecanismos de la cuenta de compensación y préstamo participativo establecidos en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal.

Que, en consecuencia, se reconozca y abone a AUTOPISTA DEL SURESTE, CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS S.A. la cantidad de nueve millones ochocientos cincuenta y tres mil novecientos setenta y un euros con noventa y nueve céntimos (9.853.971,99 €), más un préstamo participativo complementario a la cuenta de compensación por un importe de seiscientos diecinueve mil seiscientos noventa y tres euros con cincuenta y cinco céntimos (619.693,55 €), más los intereses de demora (interés legal del dinero más 1,5 puntos) a contar desde el 31 de diciembre de 2017 y hasta su efectivo pago.

Que subsidiariamente la cantidad reequilibradora antes indicada sea satisfecha por la vía de autorización del incremento de tarifas o preferiblemente por la vía del incremento del plazo de la concesión, para que de esta manera, su aplicación no suponga una merma en las arcas del Estado.

Que se condene en costas a la Administración, y en ningún caso a esta parte procesal que se ha visto obligada a iniciar la vía judicial ante el silencio administrativo e incluso sin haber sido ni siquiera tramitada y recibida la reclamación ante la División de Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial del Ministerio.>>

Segundo.

Dado traslado del escrito de demanda a la parte contraria, la Abogacía del Estado, presentó escrito de contestación a la demanda el 13 de enero de 2021, interesando <<tenga por hechas las alegaciones anteriores y por cumplimentado el trámite concedido debiendo desestimar la demanda íntegramente con expresa imposición de costas al recurrente, teniendo por despachado el traslado concedido.>>

Tercero.

Por Auto de 28 de abril de 2021 se acordó recibir el pleito a prueba, admitiéndose y declarando pertinente el informe pericial aportado por la demandante y continuando con la tramitación del recurso, se concedió a las partes

el término sucesivo de diez días para conclusiones sucintas, cumplimentándose el trámite por la procuradora Sra. Cermeño Roco y por la Abogacía del Estado, con el resultado que puede verse en las actuaciones.

Cuarto.

Y declaradas concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 16 de noviembre de 2021, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Quinto.

No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Excmo. Sr. Magistrado Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto del recurso y motivos de impugnación. La demanda.

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo 271/2020, por la mercantil "Autopistas del Sureste, C.E.A., S.A." (AUSUR), contra la desestimación presunta por silencio administrativo, de la reclamación de daños y perjuicios efectuada al Consejo de Ministros, que se dice se le habían ocasionado como consecuencia de la omisión de la preceptiva habilitación de gastos en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, con el fin de hacer efectivos los mecanismos de la cuenta de compensación y préstamos participativos, establecidos en la Disposición Adicional Octava de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal.

Se aduce en la demanda en apoyo de las pretensiones accionadas los siguientes fundamentos.

1. Sobre los hechos. Se aduce en la demanda que la recurrente era adjudicataria de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Peaje Alicante-Cartagena, tramo, desde la Autovía A-7 (Alicante-Murcia), hasta Cartagena, según lo establecido en el Real Decreto 1808/1998, de 31 de julio.

En cuanto al régimen económico de dicha concesión, ya la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, había establecido en sus Disposiciones 41ª ("Reequilibrio económico financiero de las concesiones de autopistas de peaje") y 42ª ("Reequilibrio económico financiero de las concesiones de obras públicas para la conservación y explotación de las autovías de primera generación"), en las que, en síntesis y en lo que ahora interesa, se establecía un denominado préstamos participativos por sobrecostes de expropiación y préstamo participativo para financiación de obras adicionales, alternativas o de mejoras. Posteriormente, en la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, estableció en su Disposición Adicional Octava ("Medidas adicionales y complementarias a las definidas en las disposiciones adicionales cuadragésima primera y cuadragésima segunda de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010), en la que, en síntesis, se establecía una cuenta de compensación en las sociedades concesionarias.

La finalidad de los mencionados mecanismos de financiación de las concesiones tenían por finalidad restablecer el reequilibrio financiero de los respectivos contratos concesionales, no teniendo la consideración ni de subvención ni de ayudas públicas, por lo que, en el razonar de la demanda, constituyen un derecho reconocido en favor de las concesionarias, en concreto, de la recurrente que el Estado estaba obligado a ejecutar.

Por escrito presentado en el Ministerio de Fomento por la recurrente en fecha 17 de enero de 2017, solicita la autorización para el establecimiento y apertura de la cuenta de compensación para 2017 con la transferencia del importe de 9.853.971,99 € así como el préstamo participativo complementario a la cuenta de compensación por un importe de 619.693,55 €; exigencia que se consideraba como el importe a percibir en el mencionado ejercicio correspondiente a la diferencia entre los ingresos por peajes que se hubieran producido en 2015, de haberse alcanzado el 80 por 100 del tráfico previsto en el plan económico financiero en la oferta de licitación que fue adjudicada, y los ingresos de peajes reales de dicho año. Dicha petición fue desestimada por resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transportes y Vivienda, de 28 de febrero de 2017, con fundamento en la ausencia de dotación presupuestaria en las respectivas Leyes de Presupuesto.

La anterior resolución fue impugnada ante la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo --318/2017--, con la pretensión de que se condenase al Ministerio a tramitar el oportuno expediente para la generación del crédito presupuestario correspondiente para hacer frente a dichas obligaciones, con reconocimiento de los intereses moratorios. El mencionado proceso terminó con sentencia de 12 de febrero de

2018 desestimando íntegramente la pretensión, sirviendo de fundamento la reiterada jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, conforme a la cual, la constitución de la mencionada cuenta de compensación y el crédito participativo, estaban condicionados a la existencia de crédito presupuestario, criterio diferente al que había mantenido la Sala de Audiencia Nacional, que si bien desestimaba la pretensión principal de constituir esos mecanismos económicos de compensación, si se imponía la obligación por parte de la Administración de adoptar las resoluciones pertinentes para su constitución. La mencionada sentencia fue objeto de recurso de casación por la recurrente, que fue inadmitido a trámite.

Así mismo, la recurrente promovió un nuevo recurso contencioso-administrativo --seguido con el número 54/2013-- impugnado la denegación del reequilibrio económico financiero de la concesión, como consecuencia de la mejora, por parte de la misma Administración, de una carretera paralela a la autovía con desdoblamiento, que ha provocado la disminución del tráfico por la autovía, a juicio de la recurrente. Dicha pretensión fue denegada en sentencia de 20 de abril de 2015.

A la vista de tales antecedentes, se solicita al Consejo de Ministros la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por el concepto de responsabilidad del Estado Legislador.

2. Fundamento de la pretensión. Como se ha dicho, la pretensión indemnizatoria se funda en la responsabilidad del Estado Legislador, regulada en el artículo 32.3º de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, estimando que es procedente dicha responsabilidad aun cuando no se haya declarado la inconstitucionalidad de la norma con rango de Ley.

En ese sentido se hace constar que en el párrafo primero del mencionado artículo 32.3º, se reconoce el derecho de indemnización cuando se ocasionen daños y perjuicios "como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen."

En el caso de autos se considera que la procedencia de la responsabilidad exigida encuentra fundamento en la omisión, por parte del Poder Legislativo, de hacer efectivos los compromisos y obligaciones adquiridas respecto de los mencionados mecanismos financieros de compensación a las concesionarias, es decir, la inclusión de las respectivas partidas en la Ley de Presupuestos para dichos mecanismos.

Ese incumplimiento comporta incurrir en un supuesto de responsabilidad del Estado Legislador, conforme se ha declarado por la jurisprudencia de este Tribunal de la que se hace cita concreta.

Se termina suplicando en la demanda que se anule la mencionada resolución presunta, se reconozca la concurrencia de la responsabilidad del Estado Legislador y, en su consecuencia, se reconozca el derecho a las cantidades antes mencionada.

Segundo. *La oposición del Abogado del Estado.*

Se opone por la Abogacía del Estado a las alegaciones de la parte recurrente, la reiterada jurisprudencia reciente de esta misma Sala y Sección, en cuanto al rechazo de las pretensiones suplicadas en la demanda en cuanto los mecanismos de financiación a que se hace referencia en la demanda estaban condicionados, ya en su misma configuración, a que existiera consignación presupuestaria, sin que existiera un derecho específico a la existencia de dicha consignación.

Tercero. *Examen de la pretensión. La responsabilidad del Estado Legislador.*

Suscitado el debate en la forma expuesta en la demanda, se impone hacer una aclaración previa a la argumentación en que se sustenta la pretensión, es decir, la responsabilidad del Estado Legislador, institución que se ha visto afectado en los últimos tiempos de una configuración propia que no parece se hayan tenido en cuenta de manera acertada en los argumentos de la demanda.

En efecto, como hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 1404/2020, de 27 de octubre, dictada en el recurso contencioso-administrativo 454/2018; ECLI:ES:TS:2020:3324, reiterada en la más reciente sentencia 1352/2021, de 22 de noviembre, dictada en el recurso contencioso-administrativo 60/2020) que esta institución, desconocida en nuestra Constitución, había sido acogida por vía jurisprudencial, no sin ciertas dificultades, porque "ya en el campo de los principios generales, esta responsabilidad tiene un difícil encaje en ese esquema de la responsabilidad constitucional y ello porque el ejercicio de la potestad legislativa, en cuanto a su genuina función --no cuando actúa en su ámbito "administrativo", doméstico-- se plasma en la aprobación de la Ley, manifestación de la soberanía popular. Ahora bien, es consustancia a la ley la imperatividad y generalidad; es decir, existe la obligación de los ciudadanos de someterse a sus dictados y se aplica a todos los ciudadanos a los que va dirigida. Tales caracteres excluyen las dos exigencias básicas de la responsabilidad, porque si la ley debe aplicarse imperativamente y en esa aplicación se ocasiona un daño, éste daño ni es concreto, porque se le habrá ocasionado a todos a quienes se aplica la ley, ni es antijurídico, porque la misma ley impone ese pretendido daño, el deber de soportarlo. Incluso cabría decir que en no pocas ocasiones las leyes comportan daños, en sentido

amplio, a sus destinatarios, pero se impone el deber de soportarlo, sin que se suscite el debate sobre la posible responsabilidad del Poder Legislativo...

"Pero fue precisamente el principio general de responsabilidad que se había establecido en el artículo 9.3º el que sirvió a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo para reconocer la exigencia de responsabilidad patrimonial al Poder Legislativo, del Estado legislador.

"Las reiteradas referencias de la Jurisprudencia a la responsabilidad del Estado legislador llevó a que con ocasión de la promulgación de la Ley 30/1992, al regular la "responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio"; en el artículo 139, referido a los "principios de la responsabilidad patrimonial", tras describir la responsabilidad de las Administraciones, se hiciera ya referencia en el párrafo tercero a una responsabilidad que recaía sobre las Administraciones, pero no por actos propios. En efecto, se declaraba: "Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos." Es decir, se reconocía la responsabilidad por los actos legislativos no expropiatorios de derechos, pero con dos condiciones; de un lado, que el perjudicado no tuviera el deber de soportar dichos daños; de otro, que debía ser el propio acto legislativo el que reconociese el derecho a la indemnización y los términos en que la misma debía reconocerse. La configuración de este supuesto de responsabilidad difícilmente cabría integrarlo en esta categoría de responsabilidad, dado que, si es la propia norma la que lo reconoce, no existiría antijuridicidad del daño, sino la misma previsión de la propia norma. Es la misma norma la que genera un perjuicio en sus previsiones y dispone que deben ser compensados quienes se vieran afectados por ella, no se necesita ningún nuevo título para la indemnidad de los perjudicados; la única cuestión sería, en su caso, la cuantía de la indemnización que, en puridad de principio, es un tema al margen o, si se quiere, no exclusivo de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

"Lo antes concluido relega la cuestión de la responsabilidad del Poder Legislativo a aquellos supuestos, de manera exclusiva, en que la vigencia y aplicación de una norma con rango de ley, termina, después de su aplicación, siendo declarada contraria a la Constitución; declaración que solo es admisible por el Tribunal Constitucional por alguno de los procedimientos para hacer dicha declaración. En tales supuestos, dado que esa declaración de inconstitucionalidad hace a la ley nula de pleno derecho y, por tanto, en su acepción clásica, es como si la ley no hubiera existido o, como dice nuestra legislación civil, deberán restituirse las cosas a sus situación anterior a la ley; resulta indudable que si la aplicación de tal ley ha ocasionado algún efecto adverso en los ciudadanos, en todos aquellos a quienes se aplicó, estos deben ser resarcidos de ese daño que nunca debió haberse producido.

"Es decir, en tales casos, de una parte, se pierde la exigencia propia de la responsabilidad de que el daño sea concreto, el derecho surge para todos los que se vieran perjudicados por la aplicación de la ley declarada inconstitucional; de otra parte y es la esencia de esta responsabilidad, se independiza del propio daño, de la lesión, y se centra en la declaración de inconstitucionalidad, porque es precisamente esa declaración la que ocasiona el daño con la aplicación de la norma antijurídica o, si se quiere, que el ciudadano no tenía el deber de soportar, por cuanto era la fuerza de la Ley la que obligaba a soportarlo, de tal forma que la nulidad de esa fuerza hace el daño ilegítimo.

"A la vista de esa reiterada jurisprudencia en favor de esta modalidad de responsabilidad, se acomete su regulación en la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015, que mantiene un claro paralelismo en relación con aquella Ley de 1992 en cuanto a dicha materia. Esta Ley se refiere también en su artículo 32 a " los Principios de la responsabilidad" y mantiene, en término casi idénticos a como se recogía en aquella Ley, ésta responsabilidad por acto legislativo, pero en este párrafo se incluyen tres nuevos apartados y, a los efectos que aquí interesan, se añade un párrafo cuarto, acuñándose ya a nivel legislativo el término de responsabilidad del Estado legislador.

"En efecto, tras declarar la ya conocida responsabilidad por actos legislativos de carácter no expropiatorios, como se había ya establecido en la Ley de 1992, se declara a continuación que " La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también (da entender que existe un supuesto de responsabilidad, el del primer párrafo) en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

"a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4..."

"Para determinar tales requisitos, se declara en el mencionado apartado cuarto: "Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada."

"Esa normativa se complementa con los preceptos correspondientes de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular el artículo 67.

"Pues bien, a la vista de esa regulación actual de la institución es manifiesto que se contemplan dos supuestos de responsabilidad del Estado legislador, o quizás sea más propio señalar que se trata de un supuesto general y uno especial. Y así, la responsabilidad del Estado legislador se contempla en los términos generales de que se genera solo cuando se trate de actos legislativos no expropiatorios que comporten una lesión que no se tenga el deber jurídico de soportar y se establezca en la propia norma legal.

"Ahora bien, si se trata de una ley declarada inconstitucional, se considera por el propio Legislador, como presunción iuris et de iure, que se ha ocasionado el daño --otra cosa será su prueba, que es deber de quien lo reclama-- con solo concurrir los requisitos formales que se establecen en el párrafo cuarto; es decir, que haya existido una sentencia firme y se haya invocado en el correspondiente proceso la inconstitucionalidad luego declarada, requisitos que no dejan de ofrecer serios reparos.

"A la vista de lo expuesto ha de concluirse que el título de imputación del daño a la Administración, esto es, responder de los actos del Poder Legislativo, no es la mera aprobación de la Ley, tan siquiera su mera aplicación generadora del daño, sino la declaración de inconstitucionalidad, que es la que hace el daño antijurídico, es decir, que no había deber de soportarlo, porque era precisamente la fuerza vinculante de la ley la que imponía ese deber. Por tanto, solo la actuación, podríamos llamar patológica, de la potestad legislativa que comporta la declaración de inconstitucionalidad, generaría la responsabilidad del Estado legislador, lo que aproxima las exigencias de esta responsabilidad a la propia del Poder Judicial (funcionamiento anormal o error judicial)."

Pues bien, sería suficiente acudir a los criterios expuestos para rechazar la pretensión de la recurrente dado que se funda la pretensión en la responsabilidad del Estado Legislador cuando es lo cierto que los preceptos en que se funda dicha pretensión indemnizatoria ni fueron declarados inconstitucionales ni han establecido indemnización alguna de manera directa. Y buena prueba de lo que se dice es que la amplia cita jurisprudencial que se hace en la demanda está referida a la anterior regulación legal de la institución, bien diferente de la que se había aceptado por la jurisprudencia, como se ha expuesto.

Cuarto. *La jurisprudencia sobre la pretensión accionada en el proceso.*

Si bien lo concluido en el anterior fundamento sería suficiente para el rechazo de la pretensión, no puede silenciarse que, como pone de manifiesto el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, esta misma Sala y Sección ha dictado sentencias en las que se han rechazado pretensiones basadas en la misma imputación del daño que se pretende en este recurso.

En efecto, hemos de traer a colación lo declarado, entre otras, en nuestra sentencia 1397/2019, de 21 de octubre, dictada en el recurso contencioso-administrativo 7/2019 (ECLI:ES:TS:2019:3307), con abundante cita, en la que declaramos:

" Esta Sala ha examinado en numerosas sentencias (17-10-17, rec. 446/12; 21-2-18, rec. 2997/05, 10-5-18, rec.4559/16) la naturaleza y alcance de tales previsiones, que se refleja en la de 15 de junio de 2016 (rec 1905/2015), siendo parte la aquí demandante, y que, por su claridad y contenido y para no repetir lo ya expuesto, conviene reproducir en los siguientes términos: "Debe reiterarse lo que ya esta Sala y Sección razonó en su sentencia de 28 de abril de 2015 (Recurso núm. 295/2013): que es esa DT 8ª de la Ley 43/2010 la que, al configurar la medida que significa la cuenta de compensación, la condiciona expresamente a la partida presupuestaria establecida al efecto cada año; y es el propio legislador, en ejercicio de la amplísima libertad de determinación normativa que le corresponde, el que ha decidido para el ejercicio anual que aquí es objeto de polémica no establecer una partida presupuestaria destinada a esa medida concepto de que se viene hablando.

"La literalidad de esa DT 8ª de la Ley 43/2010, tanto en su versión inicial como en la modificada por la Ley 17/2013, por lo que se refiere a la cantidad a consignar anualmente a la cuenta de compensación, es que "estará(n) sujeta(s) al límite de (las) disponibilidades presupuestarias cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para este (estos) concepto(s)". Tal dicción literal ya pone de manifiesto, en su directa lectura, que lo sometido a la disponibilidad presupuestaria es el nacimiento mismo del derecho inherente a esa medida de reequilibrio que es la cuenta, y no su pago como intenta sostener la sociedad recurrente; y, por otra parte, es coherente, con ese carácter tasado y excepcional que en nuestro ordenamiento sobre contratación pública tienen los supuestos de restablecimiento del equilibrio del contrato.

"Lo cual hace aquí inaplicable esa jurisprudencia, invocada por la sentencia recurrida, que separa el nacimiento del derecho sustantivo de la previsión financiera respecto del mismo contenida en la Ley de Presupuestos, pues aquí es la propia ley directamente reguladora del nacimiento del derecho sustantivo de que se viene hablando la que, al configurarlo, establece la disponibilidad presupuestaria como ineludible presupuesto para su nacimiento.

"Y la conclusión ha de ser, pues, que sí es correcta esa hermenéutica literal que rechaza la sentencia recurrida.

"Siendo de recordar lo que al respecto ya razonó esa anterior sentencia de 28 de abril de 2014 de esta Sala y Sección (Recurso núm. 295/2013) que ha sido mencionada:

""Desde el plano de la legalidad es evidente que estamos ante un mecanismo compensatorio que trata de equilibrar el contenido económico financiero del contrato concesional, concedido "ex lege", pero precisamente es la propia ley que crea la compensación, la que establece también de forma clara e inequívoca en la D.A. 8ª letra C que "Dichas cantidades estarán sujetas al límite de disponibilidades presupuestarias fijadas cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para estos conceptos". Pues bien el derecho se ha establecido condicionado a la existencia de partida presupuestaria establecida al efecto cada año, y hasta su agotamiento, por lo que se decidió por el legislador, posiblemente por la notoria crisis económica reciente, la falta de previsión de la partida para atender esta compensación para el año 2012.

"Admitiendo la claridad de la ley en cuanto al condicionamiento de la concesión a las disponibilidades presupuestarias establecidas anualmente, es indiferente determinar si como sostiene la recurrente la DA de la ley 43/2010, ha establecido un derecho al equilibrio y no una simple medida graciable, pues el establecimiento estaba condicionado a una serie de presupuestos y condiciones, entre ellas precisamente la habilitación presupuestaria en la Ley de Presupuestos. No dándose esta condición, poca importancia tiene especular que si se dieron, los términos de la ley al utilizar el término imperativo "otorgará", conviertan la concesión en un acto debido para la Administración.

"(...) Tampoco puede admitirse como sostiene la recurrente una interpretación del precepto conforme con la Constitución, en el sentido de considerar, con cita de sentencias de esta Sala, que sostiene que los derechos nacen fuera de la ley de Presupuestos, en la medida en que esta constituye un acto de previsión económico-financiera, por lo que el derecho al reequilibrio económico financiero no puede quedar supeditado a que exista o no previsión presupuestaria, (sentencia de 10 de junio de 1988), sin perjuicio de que esta circunstancia dé lugar a créditos extraordinarios o suplementos de crédito, de conformidad con las previsiones del artículo 55 de la ley 47/2003, General Presupuestaria. Aquí no nos encontramos ante un derecho que carece de cobertura presupuestaria, sino que el derecho, tal como se configura en la ley no existe, precisamente por estar condicionado en su creación legal a la existencia de esta cobertura. Todo ello sin perjuicio de que la recurrente solicite el reequilibrio de su contrato y en su caso pueda obtenerlo por distinto título del alegado en el presente recurso".

"De dicha doctrina se deduce, en lo que aquí interesa, que lo que se somete a disponibilidad presupuestaria es el nacimiento mismo del derecho a las medidas de reequilibrio establecidas en la DA 8ª de la Ley 43/2010, es decir, que esa disponibilidad presupuestaria es un requisito necesario para el nacimiento del derecho, una condición para su existencia que, además, ha de cumplirse para cada año. No se trata de la declaración y reconocimiento genérico de un derecho al reequilibrio económico financiero cuyo alcance económico haya de reflejarse en la LGP sino de un derecho concreto cuya existencia se sujeta a la previsión en la norma presupuestaria, o como se dice en la sentencia de 28 de abril de 2014, que se acaba de reproducir, "aquí no nos encontramos ante un derecho que carece de cobertura presupuestaria, sino que el derecho, tal como se configura en la ley no existe, precisamente por estar condicionado en su creación legal a la existencia de esta cobertura". Por lo que queda a salvo que la interesada pueda solicitar el reequilibrio de su contrato y, en su caso, pueda obtenerlo por distinto título.

"Desde estas consideraciones sobre el alcance del derecho a que se refiere la DA 8ª de la Ley 43/2010, la omisión de una concreta habilitación al efecto en la LGP no incide sobre un derecho de contenido patrimonial reconocido a la recurrente y, por lo tanto no supone una lesión de naturaleza económica que no tenga el deber de soportar. Por el contrario, el derecho reclamado solo existe cuando se cumple, anualmente, el requisito presupuestario establecido por la Ley para su nacimiento, habiendo sido el legislador el que, en el ejercicio de su poder normativo, no ha entendido procedente la obligación de establecer una partida anual al efecto, que queda abierta a la valoración de las disponibilidades presupuestarias en cada ejercicio. Por lo demás, la sujeción del nacimiento y reconocimiento del derecho a las disponibilidades presupuestarias se establece por igual para todos los destinatarios de la norma y, por la misma razón, la falta de disponibilidad presupuestaria afecta de manera general a todos ellos, por lo que en modo alguno cabe hablar de un sacrificio singular a cargo de la recurrente.

"La falta de concurrencia de estos requisitos determina la improcedencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador que se formula en este recurso y, con ello, su desestimación, sin que sea necesario el examen de otras causas alegadas al efecto que no alteran ni afectan a dicho pronunciamiento desestimatorio del recurso."

Quinto. Costas procesales.-

La desestimación íntegra del presente recurso contencioso-administrativo determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo a la recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del indicado precepto y atendidas las circunstancias del caso, fija en cuatro mil euros (4.000 €), más IVA, la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.

Desestimar el recurso contencioso-administrativo nº 271/20 interpuesto por "Autopistas del Sureste, C.E.A., S.A." (AUSUR), contra la desestimación presunta por silencio administrativo, de la reclamación de daños y perjuicios efectuada al Consejo de Ministros, mencionado en el primer fundamento; resolución que se confirma por estar ajustada al ordenamiento jurídico.

Segundo.

Imponer las costas procesales a la recurrente, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.